

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO XIII NUMERO 1
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

EDITORIALE
È sempre la stessa storia

VOCI DAL PALAZZO
DI GIUSTIZIA
Intervento del Presidente
del Consiglio Nazionale Forense
alla cerimonia di inaugurazione
dell'anno giudiziario

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
DELL'ORDINE
Comunicato borse di studio



**Periodico Quadrimestrale
dell'Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore**

Registrazione presso il Tribunale
di Nocera Inferiore
n. 184 del 23.02.2004

Presidente

Aniello Cosimato

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Barbara Barbato

Carmela Bonaduce

Anna Capaldo

Carmela Concilio

Maria Coppola

Maria Grazia Coppola

Gianluca Granato

Eliana Libroia

Emiliana Matrone

Mariella Orlando

Francesco Ricciardi

Gaetano Riccio

Giuseppina Romano

Eleonora Stefanelli

Valeria Tevere

Michele Tipaldi

Rossella Ugliano

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Hanno collaborato a questo numero

Annarita Di Leo

Flavia Faiella

Adriano Giallauria

Angelo Mondelli

Anna Villani

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati

di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di

Marianna Federico

Il materiale per la pubblicazione,
che dovrà essere inviato su supporto magnetico
formato Word, non sarà restituito

In copertina:

Castello Negri a Spiano, Mercato San Severino

Le immagini delle cartoline a pagg. 12, 20, 44/47
sono della collezione Casale

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797

altrastampa@libero.it

© 2016 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2016 Testi

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Anna Villani</i> Danno tanatologico: è giunta davvero la fine?	21
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>la redazione</i> Intervento del Presidente del Consiglio Nazionale Forense, Andrea Mascherin, alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario	6	DOTTRINA <i>Barbara Barbato</i> Il tempo-tuta e la sua retribuità	24
GIURISPRUDENZA <i>Maria Grazia Coppola</i> Conferenza di servizi: l'amministrazione non può operare in autotutela per far venire meno l'assenso espresso	8	<i>Carmela Bonaduce</i> Il caso Grande Stevens e il divieto di <i>bis in idem</i> in materia di abusi di mercato	25
<i>Flavia Faiella</i> Sulla dichiarazione di fallimento	8	<i>Adriano Giallauria</i> Il diritto all'oblio: nuovo strumento a tutela della privacy	27
<i>Eliana Libroia</i> Il compenso aggiuntivo non spetta al dipendente pubblico qualora le festività coincidano con la domenica	9	<i>Angelo Mondelli e Annarita Di Leo</i> La responsabilità professionale dell'infermiere	30
<i>Emiliana Matrone</i> L'orientamento del Tribunale di Nocera Inferiore in tema di obbligazione di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio e di risarcibilità del danno da deprivazione genitoriale	11	<i>Giuseppina Romano</i> Prime riflessioni sulla depenalizzazione	32
<i>Mariella Orlando</i> Imposta di registro nell'ipotesi di sentenza penale di condanna. Inosservanza dei termini attinenti alla procedura di recupero dell'imposta	14	<i>Eleonora Stefanelli</i> L'istituto delle adozioni, con particolare riguardo alla posizione dello straniero maggioirne	35
<i>Francesco Ricciardi</i> Consiglio di Stato: I principi fissati dall'Adunanza plenaria n. 14/2011, in tema di scorrimento delle graduatorie degli idonei, non si applicano alle selezioni dell'Arma dei Carabinieri che è legittimata a bandire concorsi annuali	16	HISTORIA ET ANTIQVITATES <i>Gianluca Granato</i> <i>Il Forense per Amore: arringa di uno stampatore avanti al Tribunale in difesa dei propri diritti amorosi.</i> Tratto da <i>Le Muse in Tribunale</i> ossia <i>Allegazioni Poetiche Scherzevoli</i> di Michele Zezza (1780-1867)	38
<i>Gaetano Riccio</i> Società e cancellazione dal registro delle imprese: gli effetti ricadono anche in capo all'imprenditore individuale?	18	<i>la redazione</i> Palazzo Negri	39
<i>Michele Tipaldi</i> L'illegittimità anche per i procedimenti di natura amministrativa della sospensione a tempo indeterminato	19	LA PAGINA DEI CONVEGNI <i>Anna Villani</i> Impugnazione dei provvedimenti del giudice di pace nella giurisprudenza della Corte di Cassazione	40
		NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Quote di iscrizione Albi e Registro anno 2016	43
		Cassa Forense informa	43
		Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio

È sempre la stessa storia

Il ripetersi delle inutili cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario serve solo a raccogliere le crescenti lamentele dei vertici della magistratura i quali evidenziano come la giustizia sia allo sfascio. Doglianze queste, confermate dalle tante classifiche stilate dai mille organismi preposti a tanto che relegano l'Italia ed il suo Stato di diritto tra gli ultimi del mondo.

I molteplici episodi che si succedono nel nostro Paese e registrati dalla cronaca nera con esasperante quotidianità, sono divenuti motivi di dibattito sullo stato della giustizia e su quanto si potrebbe o si dovrebbe fare per venire fuori da una forma di *impasse* in cui ci si è cristallizzati.

Dibattito che registra la partecipazione non solo degli addetti ai lavori ma anche del cittadino comune, che, alla fine, è il diretto fruitore dei servizi del pianeta giustizia.

Dinanzi a decisioni contrastanti, benché afferenti analoghe fattispecie, il cittadino si domanda se i giudicanti operino facendo riferimento ad una medesima codicistica o, se invece, non siano arbitri di risolvere i casi loro affidati applicando regole personalistiche che finiscono per scontentare tutti.

È indispensabile lanciare messaggi forti perché vi sia un recupero di credibilità nella giustizia.

I cittadini devono sentirsi al sicuro nel loro Paese e nella propria casa, liberi di passeggiare per le strade cittadine senza la costante preoccupazione di essere investiti dal solito ubricato-drogato, di essere rapinato dei pochi spiccioli che li accompagnano, di essere accoltellati se neppure gli spiccioli vengono trovati, di essere stuprati.

La garanzia di sicurezza e di tranquillità può essere data solo da uno Stato capace di far sentire la sua presenza forte e di una giustizia che sappia applicare la legge in maniera adeguata, senza alcuna violazione normativa. Ma per garantire ciò è necessario che il nostro sistema giudiziario venga rivisitato e siano trovati i giusti rimedi che non ne hanno consentito sin qui un equilibrato funzionamento.

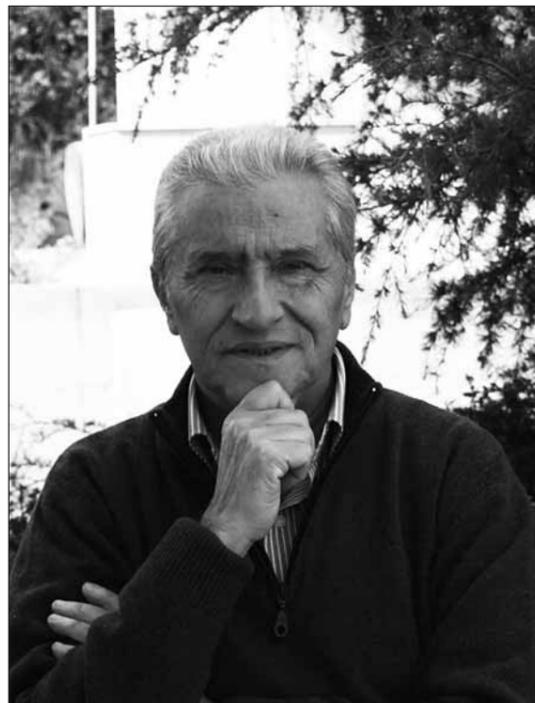
La *escalation* delinquenziale si fronteggia esclusivamente con l'intervento deciso di una giustizia che garantisce la certezza della pena.

A tanto devono provvedere, ognuno per la sua parte, gli organi istituzionali preposti i quali devono assumere nei confronti della giustizia un atteggiamento collaborativo.

Altrimenti il grido di allarme è destinato a rimanere inascoltato.

Come quello lanciato e rilanciato dal nostro tribunale dove, se già prima le cose non andavano bene ancor più la situazione è peggiorata con la riforma del 2013, quando al nostro ufficio giudiziario sono state trasferite anche le competenze delle sezioni distaccate di Cava de' Tirreni e Mercato San Severino. Nella legge di riforma era prevista anche la rimodulazione della pianta organica ma niente è accaduto. E ciò nonostante i continui pellegrinaggi fatti al Ministero di Giustizia con delegazioni formate da magistrati e avvocati.

Eppure non occorre una grossa intelligenza per capire che all'incremento di popolazione ricadente sotto la giurisdizione del Tribunale di Nocera Inferiore deve corrispondere un analogo incremento di personale, ovvero di magistrati, di cancellieri e di amministrativi. E poiché tutto questo non è avvenuto, è facile individuare la conseguenza: aumento dei procedimenti che vanno in prescrizione e dilatazione dei rinvii delle cause e del deposito delle sentenze nel settore civile.



In un territorio ad alto tasso criminale, come il nostro, ad una maggiore domanda di giustizia deve corrispondere una analoga attività giurisdizionale che, allo stato non è possibile assicurare. E allora? Facciamo nostro il grido della Presidente della Corte di Appello di Salerno che ha sottolineato la ineludibilità di "sollecitare a viva voce l'ampliamento della pianta organica essenziale per rendere un servizio di giustizia dignitoso".

Ma speriamo che non sia sempre la stessa storia.

.....

La copertina della rivista propone uno scorcio di Palazzo Negri in Mercato San Severino. Nella rubrica *Historia et antiquitates* una breve descrizione storica del palazzo.

Mercato San Severino,
Santa Maria a Rota,
frammento di affresco

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

Intervento del Presidente del Consiglio Nazionale Forense, Andrea Mascherin, alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario

Corte di Cassazione, Roma, 28 gennaio 2016

Signor Presidente della Repubblica,
Signor Primo Presidente,
Signor Procuratore Generale,
Signor Ministro Guardasigilli,
Autorità, care Colleghe e cari Colleghi, Magistrati tutti,

il Consiglio Nazionale Forense ritiene che vadano ormai individuati alcuni punti fermi, di indirizzo culturale prima ancora che tecnico.

La domanda a cui dobbiamo tutti rispondere come operatori del diritto, è se considerare come centrale la giurisdizione e come non sacrificabile il diritto di accesso al giudice da parte di ogni cittadino.

Per l'avvocatura la risposta deve essere positiva, dunque vanno trovate quelle soluzioni che evitino di incoraggiare un percorso di privatizzazione della giustizia o che ne selezionino l'accesso attraverso il censo, così come sta purtroppo accadendo. Ma va anche riconosciuto a chiare lettere, come non sia vero che il nostro sistema processuale sia inadeguato, anche se ci vede, nelle solite classifiche, dietro a Paesi in alcuni casi ancora considerati del terzo mondo.

La giurisdizione italiana, penale e civile, è una giurisdizione di grande qualità, che riconosce le necessarie garanzie alle parti, ed anche al giudice, per giungere ad una decisione la più possibile giusta, e francamente non so quanti di noi preferirebbero farsi giudicare in molti di quei Paesi che ci sopravanzano in classifica.

Il processo, civile e penale, deve avere una durata adeguata per giungere alla corretta soluzione in fatto e in diritto, efficientismo e risparmio a tutti i costi, che sono cosa altra e ben diversa dalla doverosa eliminazione degli sprechi, non possono travolgere il campo dei diritti fondamentali, come quello all'accesso alla giurisdizione e il diritto di difesa, e lo stesso deve valere per altri diritti non rinunciabili, come il diritto alla salute, piuttosto che all'istruzione.

Bisogna abbandonare l'idea che le democrazie solide ed avanzate si misurino solo in PIL, piuttosto che nel grado di equità sociale, così come bisogna rinunciare all'illusione che sforbicare gradi

di giudizio, o termini processuali, o prevedere calendari procedurali virtuali, possa essere una soluzione, anziché rivelarsi mero e vuoto annuncio. Certo non tocca agli avvocati decidere in luogo della politica se e come investire risorse economiche nel nostro sistema giustizia, anche se appare evidente a tutti come a costo zero non si possa migliorare nessuno strumento, non si possa innovare e non si possa fare prevenzione. Allora quello che l'avvocatura può fare è assumersi le proprie responsabilità, e proprio per salvare il diritto ad un accesso efficace e democratico al giudice, gli avvocati si stanno impegnando, e sempre più dovranno impegnarsi, nella ottimizzazione anche tecnica degli strumenti alternativi al processo civile, diventandone protagonisti assoluti, dovranno curare la propria deontologia, competenza e specializzazione professionale per garantire alla giurisdizione un apporto tecnico corretto e di grande qualità, dovranno lavorare alla ricerca di soluzioni assieme alla magistratura, da mettere a disposizione del Paese.

La firma dei protocolli tra Consiglio Nazionale Forense e Corte di Cassazione in tema di ricorsi di fronte alla stessa, è un segnale ed un precedente importante, che può aprire la via a percorsi di analisi e risoluzioni assolutamente operative ed efficaci, in alternativa a discussioni infruttuose, spesso a tal punto accademiche da rivelarsi un freno ad ogni esito concreto. Però i governi e la politica dovranno favorire sempre più il rafforzamento del ruolo dell'avvocatura nel mondo della giurisdizione, così come in quello delle soluzioni alternative al processo, così come dovranno riconoscere la funzione che la legge professionale riconosce ai Consigli dell'Ordine, che lungi dall'essere organismi autoreferenziali, sono divenuti insostituibili centri di sostegno alla giurisdizione e agli utenti del sistema giustizia, non di rado supplendo generosamente alle carenze dello Stato.

Istituti come la negoziazione assistita, la mediazione, e gli arbitrati, che fra l'altro trovano proprio nei Consigli dell'Ordine la loro sede di garanzia, dovranno sempre più essere incentivati, non solo economicamente, ma anche attraverso l'ampliamento delle facoltà per l'avvocato di autentica della sottoscrizione a verbali di mediazione e accordi di negoziazione, con conseguente trascrivibilità degli stessi, l'inserimento tra le materie oggetto di negoziazione di quella del lavoro, l'aumento delle competenze per le camere arbitrali degli Ordini. Nel campo delle esecuzioni, la facoltà per l'avvocato di eseguire in proprio il pignoramento laddove non sia previsto l'accesso dell'ufficiale giudiziario presso il debitore, nonché l'accesso alle banche dati tramite i Consigli dell'Ordine.



Così come potranno promuoversi percorsi che privilegino la competenza dell'avvocato, in quanto giurista, nella copertura di ruoli come quello di magistrato onorario o all'interno della volontaria giurisdizione. Affinché il cittadino riacquisti fiducia nella giustizia, lo Stato non deve correre il rischio di delegittimarne i protagonisti, quali sono gli avvocati, in nome di presunti valori mercatisti.

Sacrificare la loro alta funzione a concezioni meramente economiche, fare del mondo dei servizi legali un "supermercato" avente come unico fine il lucro con ogni mezzo, applicare alla tutela dei diritti la cultura della concorrenza con fini strettamente commerciali e di captazione di clientela, mortificare i principi normativi e deontologici di dignità e decoro, è un pericolo che stiamo correndo e che va denunciato con forza.

Avvocati e magistrati sono il motore della evoluzione del diritto e dei diritti, e come tali vanno valorizzati, è dall'incontro dei loro saperi che la tutela dei cittadini è andata sempre più evolvendo di pari passo con il correre dei tempi ed il modificarsi dei costumi.

La politica si affidi senza sospetto alla competenza di chi opera nei tribunali, utilizzi le loro professionalità, anche e finalmente quella degli avvocati, negli uffici legislativi, così come nelle commissioni di studio. Non possiamo permetterci di legiferare o non legiferare, depenalizzare o non depenalizzare, a seconda dei sondaggi che misurano il consenso popolare, o sulla spinta della emotività, né possiamo più permettere la spettacolarizzazione del processo penale ed il protagonismo auto promozionale degli attori dello stes-

so, siano essi avvocati o magistrati, non possiamo considerare il patrocinio a spese dello Stato come uno spreco, piuttosto che come un valore da salvaguardare e promuovere, non possiamo condividere che si intervenga sulla legge Pinto usando la matita rossa del ragioniere, anziché la penna del giurista, non dobbiamo più approcciare a temi, come quello della geografia giudiziaria, senza un approfondito studio di impatto, da farsi territorio per territorio con il contributo dell'avvocatura locale, il rischio è di tornare a commettere errori già commessi.

Questo Consiglio Nazionale Forense ha in corso un dialogo davvero leale e costruttivo, e non di maniera, con il Ministro della Giustizia, con il Consiglio Superiore della Magistratura e con la Suprema Corte, sa anche, avendolo incontrato ed ascoltato, di potersi affidare al ruolo di garante della Costituzione del nostro Presidente della Repubblica, e tutto questo ci rende ottimisti per il futuro. Una Società solidale che non lasci indietro nessuno, ed il giusto processo con il rispetto dei valori di libertà e dignità, non potranno mai essere quotati in borsa, ma saranno il vero patrimonio e la vera ricchezza di una democrazia progredita, la vera eredità che noi tutti potremo lasciare ai nostri figli. Gli avvocati, che pur si dibattono, come tutti i lavoratori, in un momento di gravissima crisi economica, sanno d'essere chiamati per l'ennesima volta nella propria storia ad affermare il proprio ruolo di custodi dei diritti, a difesa di uno Stato di diritto. E non si sottrarranno all'impegno. Concludo augurando buon lavoro al nuovo primo presidente della Suprema Corte, e a noi tutti.

Giurisprudenza

Maria Grazia Coppola

Conferenza di servizi: l'amministrazione non può operare in autotutela per far venire meno l'assenso espresso

TAR, Campania, Salerno, sezione I, 6 luglio 2015 n. 1500.

La Conferenza di servizi di cui all'articolo 14 della legge n. 241/1990, è stata concepita quale "strumento di concentrazione, in un unico contesto logico e temporale, delle posizioni e delle valutazioni delle diverse amministrazioni portatrici di interessi pubblici rilevanti in un dato procedimento amministrativo". Dopo le modifiche introdotte con il d.l. 78/2010, tale istituto si presenta come un meccanismo ad applicazione generale, che permette l'assunzione di decisioni amministrative nonostante l'inerzia ed o il dissenso anche delle amministrazioni portatrici di interessi pubblici particolarmente significativi. Infatti, l'iniziale principio dell'unanimità è stato sostituito con il principio della maggioranza e da ultimo dal principio delle "posizioni prevalenti" in base al quale se i consensi risultano prevalenti, i dissensi sono considerati superabili dall'amministrazione procedente nell'esercizio del proprio potere sostitutivo, benché in base ad adeguata motivazione. La Conferenza dei servizi, pertanto, risponde al canone costituzionale del buon andamento dell'amministrazione pubblica dal momento che possiede la doppia valenza sia di modulo procedimentale di semplificazione ed accelerazione dell'azione amministrativa che di luogo di coordinamento e mediazione degli interessi in gioco. Una questione dibattuta in dottrina, riguarda la possibilità per una sola delle P.A. coinvolte nel procedimento pluristrutturato di determinare un ripensamento unilaterale rispetto al provvedimento adottato unitamente alle altre amministrazioni. Su tale questione è intervenuto in maniera risolutiva il TAR di Salerno, con la brillante pronuncia del 6 luglio 2015 n. 1500, con la quale ha statuito che le amministrazioni che hanno adottato atti endoprocedimentali in sede di Conferenza di servizi, non possono operare in autotutela per far venire meno l'assenso espresso. Infatti, secondo l'autorevole Tribunale amministrativo, la Conferenza dei servizi si configura quale modulo procedimentale che conduce all'adozione di un provvedimento comprensivo di tutti gli atti riconducibili alle P.A. che hanno partecipato alla Conferenza.

Pertanto, spetterà all'amministrazione procedente valutare se indire una nuova Conferenza "aven-

te ad oggetto il riesame dell'atto adottato secondo le modalità già seguite in occasione dell'adozione del provvedimento di primo grado". In definitiva, sono esclusi ripensamenti unilaterali e l'unica strada percorribile dalla P.A. che intenda rivedere la posizione espressa in sede di Conferenza, risulta essere quella di sollecitare l'indizione di una nuova Conferenza.

Flavia Faiella

Sulla dichiarazione di fallimento

Sentenza n. 2/2016, Tribunale di Catanzaro, sezione fallimentare, giudice estensore dr.ssa Damiani Song.

Il titolo esecutivo non costituisce requisito legittimante per la proposizione del ricorso per dichiarazione di fallimento. L'eventuale inadempimento contrattuale reciproco tra creditore e debitore non può essere materia di accertamento della sezione fallimentare del Tribunale chiamata a verificare oggettivamente lo stato di insolvenza.

Il caso

La società X proponeva ricorso per la dichiarazione di fallimento nei confronti della società Y resasi debitrice dell'importo di euro 212.636,90, a seguito di acquisto di forniture sportive pagate con assegni risultati impagati e protestati. La società Y si costituiva eccependo l'inesistenza del titolo esecutivo e l'insussistenza dello stato di insolvenza, evidenziando che i mancati pagamenti erano dovuti solo al fatto che la società X aveva violato la clausola di esclusiva di cui al contratto di affiliazione sottoscritto tra le due parti, tant'è che era stato incardinato giudizio civile innanzi al Tribunale di Catanzaro per richiedere il risarcimento del danno subito dalla società Y per tale comportamento commerciale scorretto della società X. Quest'ultima evidenziava che un tale aspetto non era attinente alla richiesta di fallimento ed insisteva sullo stato di insolvenza facendo rilevare che, nelle more, la società era stata posta in liquidazione.

Il Tribunale, a seguito di ordinanza, richiedeva informazioni urgenti alla Guardia di Finanza e, una volta acquisite, il giudice delegato all'istruttoria prefallimentare si riservava di riferire al Collegio.

La decisione

Il Tribunale ha ritenuto sussistenti i presupposti per la dichiarazione di fallimento della società debitrice. L'allegazione di un titolo esecutivo non è requisito legittimante per poter proporre ricorso

so per dichiarazione di fallimento perché l'accertamento dell'esistenza del credito può sempre essere effettuata incidentalmente in sede prefallimentare, anche quando si è in presenza di una specifica contestazione del credito da parte del debitore. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto sufficientemente provato il credito vantato dalla ricorrente ed ha sottolineato che non rientra nell'ambito dell'accertamento di tale ufficio, accertare se vi sia stato o meno l'inadempimento contrattuale reciproco delle due società.

Il dato oggettivo, infatti, è l'avvenuto protesto di numerosi assegni dati in pagamento dalla società Y "per mancanza assoluta di fondi" e che il giudizio per l'accertamento dell'inadempimento contrattuale della società X è stato instaurato nelle more della procedura innanzi alla sezione fallimentare del Tribunale. Particolarmente rilevante è stata considerata la circostanza che, in pendenza di lite, la società debitrice sia stata posta in liquidazione, sintomo, cioè, di uno stato di crisi dell'impresa che pur in assenza di ingenti debiti nei confronti dell'Erario risulta esposta con gli istituti di credito. In riferimento allo stato di insolvenza, il Tribunale ha condiviso l'orientamento della Suprema Corte per il quale, quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice - ai fini dell'applicazione dell'articolo 5 della legge fallimentare - deve essere rivolta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali perché non è più richiesto che essa disponga - a differenza della società in piena attività - di crediti e di risorse, e quindi di liquidità, per soddisfare le obbligazioni contratte. Il giudice, dunque, per valutare se sussistano o meno le condizioni richieste per l'applicazione dell'articolo 5 legge fallimentare, deve accertare se le poste attive del patrimonio sociale siano sufficienti a garantire il soddisfacimento dei creditori sociali.

Documentazione probatoria in tal senso non è stata prodotta dalla società debitrice e, in definitiva, la necessità di tutelare la *par condicio creditorum* attraverso la procedura concorsuale, impone nella ricorrenza dei presupposti di legge la dichiarazione di fallimento nei confronti della società Y.

Eliana Libroia

Il compenso aggiuntivo non spetta al dipendente pubblico qualora le festività coincidano con la domenica

Nota a Cass. civ., sezione VI Lavoro, ord. 4 gennaio 2016, n. 11.

L'articolo 1, comma 224, legge 23 dicembre 2005, n. 266, nell'escludere l'applicabilità ai lavoratori pubblici della norma recante la previsione del diritto ad una retribuzione aggiuntiva nel caso in cui le festività ricorrono di domenica, all'indomani della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997, non contrasta con i principi della parità delle armi e della certezza del diritto ex articolo 6 CEDU.

Il caso

La pronuncia in commento trae origine da un ricorso presentato dal Ministero della Giustizia al giudice del lavoro del Tribunale di Roma, per effetto del quale veniva proposta opposizione al decreto ingiuntivo con cui la medesima autorità adita aveva ingiunto al primo di corrispondere ad un proprio dipendente somme a titolo di compenso aggiuntivo per due festività, di cui alla legge 27 maggio 1949, n. 260¹, che cadevano di domenica. L'organo *de quo*, a seguito dell'accoglimento dell'opposizione del Ministero della Giustizia, revocava il provvedimento di cui sopra. In ragione di ciò, il dipendente pubblico decideva di agire, proponendo impugnazione innanzi alla Corte d'Appello capitolina che, tuttavia, ribadiva quanto sancito precedentemente dal giudice di merito.

Nella fattispecie, secondo lo *iudex* di secondo grado, occorreva volgere l'attenzione a quanto stabilito *in subiecta materia* dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del Comparto Ministeri 1998/2001, che non disponeva nulla relativamente al compenso richiesto dal prestatore di lavoro. Oltre a ciò, secondo il ragionamento adottato dalla Corte d'Appello di Roma, non era applicabile il dettato di cui all'articolo 5² della legge 27 maggio 1949, n. 260, così come novellato dall'articolo 1 della legge 31 marzo 1954, n. 90³, giacché disponeva un incremento retributivo non previsto dal contratto collettivo. Ancora, la Corte d'Appello di Roma procedeva ad evidenziare lo *ius superveniens*, espresso dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266⁴, nel cui articolo 1, comma 224, si sancisce che: "Tra le disposizioni riconosciute inapplicabili dall'articolo 69, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁵, a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997, è ricompreso la legge 27 maggio 1949, n. 260, articolo 5, comma 3, come sostituito dalla legge 31 marzo 1954, n. 90, articolo 1, in materia di retribuzione nelle festività civili nazionali ricadenti di domenica. È fatta salva l'esecuzione dei giudicati formati alla data di entrata in vigore della presente legge". Applicando tali coordinate di diritto al caso di specie, il giudice di appello escludeva la

sussistenza di profili di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento. Avverso tale sentenza veniva proposto, innanzi alla Suprema Corte di Cassazione, il ricorso del dipendente pubblico che denunciava la violazione e/o la falsa applicazione del citato articolo 1, comma 224, legge 23 dicembre 2005, n. 266, sottolineava la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione normativa e, correlativamente, avanzava richiesta di quesito interpretativo innanzi alla Corte di Giustizia CE ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE.

La decisione

I giudici di Piazza Cavour ritengono che la Corte d'Appello di Roma ha impiegato in modo corretto lo *ius superveniens* di cui all'articolo 1, comma 224, legge 23 dicembre 2005, n. 266, disposizione normativa che, *ut supra* posto in rilievo, esclude con portata retroattiva il riconoscimento del diritto dei dipendenti ad un compenso aggiuntivo nell'ipotesi in cui la festività combaci con la domenica. In merito, confermando l'indirizzo giurisprudenziale dominante nella materia *de qua* (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lavoro, 5 aprile 2011, n. 7740; Cass. civ., sez. lavoro, 27 ottobre 2009, n. 22653), i giudici ribadiscono che la summenzionata norma, mirando a risolvere dubbi interpretativi sull'ambito dell'inefficacia determinata dalla stipulazione della seconda tornata di contratti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, sia qualificabile come norma di interpretazione autentica, come reso palese del resto dalla specifica disposizione di salvezza dei giudicatisi formati anteriormente alla sua entrata in vigore. Inoltre, nel provvedimento in esame si rinviene un evidente riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale pronunciata in data 14 luglio 2015, n. 150, ove è stato chiarito che non è fondata, per erroneità del presupposto interpretativo, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 224, legge 23 dicembre 2005, n. 266, censurata in riferimento all'articolo 117, comma 1, Cost., in relazione all'articolo 6 della CEDU, nella parte in cui dichiara l'inapplicabilità ai lavoratori pubblici, a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997, del diritto ad un compenso aggiuntivo in caso di coincidenza delle festività con la domenica, anche con riguardo ai giudici pendenti. La disposizione impugnata si pone in armonia con l'obiettivo di riconoscere alla sola fonte contrattuale il compito di definire il trattamento retributivo, eliminando tutte le voci *extra ordinem*. Essa, infatti, all'indomani della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997, non ha fatto altro che dare attuazione ad uno dei principi ispiratori del-

l'intero d.lgs. n. 165 del 2001, chiarendo che l'articolo 5, comma 3, legge 27 maggio 1949, n. 260 ha carattere imperativo. Ne consegue che la sua portata retroattiva non si rivela né irragionevole né si pone in contrasto con altri interessi costituzionalmente protetti. Al legislatore, infatti, non è precluso emanare norme retroattive, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU. *Expressis verbis*, dalle riflessioni che precedono si comprende, da un lato, che l'intervento interpretativo del legislatore non solo non contrasta con il principio di ragionevolezza che impone il divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento⁶, ma neppure produce una lesione dell'affidamento né tantomeno si rinviene una lesione delle attribuzioni del potere giudiziario, posto che il testo originario della norma, sin dall'inizio, rendeva plausibile una lettura differente da quella che i destinatari della norma interpretata hanno ritenuto di privilegiare. Secondo gli Ermellini, la retroattività deve essere motivata da ragioni di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU, quantunque occorra contestualizzare ogni vicenda posta al vaglio della citata Corte. Per concludere, nel provvedimento giurisdizionale che in *sedes materiae* si commenta non è dato ravvisare argomentazioni ulteriori rispetto a quelle già esaminate dal Giudice delle Leggi con la decisione del 14 luglio 2015, n. 150, nella parte in cui ha escluso ogni contrasto con il giusto ed equo processo e con i connessi principi della parità delle armi e della certezza del diritto.

1 La legge 27 maggio 1949, n. 260, recante "Disposizioni in materia di ricorrenze festive", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 31 maggio 1949, n. 124.

2 Nella norma in esame si prevede che: "Nelle ricorrenze della festa nazionale (2 giugno), dell'anniversario della liberazione (25 aprile), della festa del lavoro (1° maggio) e nel giorno dell'unità nazionale (4 novembre), lo Stato, gli Enti pubblici ed i privati datori di lavoro sono tenuti a corrispondere ai lavoratori da essi dipendenti i quali siano retribuiti non in misura fissa, ma in relazione alle ore di lavoro da essi compiute, la normale retribuzione globale di fatto giornaliera compreso ogni elemento accessorio. La normale retribuzione sopra indicata sarà determinata ragguagliandola a quella corrispondente ad un sesto dell'orario settimanale contrattuale o, in mancanza, a quello di legge. Per i lavoratori retribuiti a cottimo, a provvigione o con altre forme di compensi mobili, si calcolerà il valore delle quote mobili sulla media oraria delle ultime quattro settimane. Ai lavoratori considerati nel precedente comma, che prestino la loro opera nelle suindicate festività, è dovuta, oltre la normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compresa ogni elemento accessorio, la retribuzione per le ore di lavoro effettivamente prestate, con la maggiorazione per il lavoro festivo. Ai salariati retribuiti in misura fissa, che prestino la loro opera nelle suindicate festività, è dovuta, oltre la normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compresa ogni elemento accessorio, la retribuzione per le ore di lavoro effettivamente prestate, con la maggiorazione per il lavoro

festivo. Qualora la festività ricorra nel giorno di domenica, spetterà ai lavoratori stessi, oltre la normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio, anche una ulteriore retribuzione corrispondente all'aliquota giornaliera".

- 3 La legge 31 marzo 1954, n. 90, rubricata "Modificazioni alla legge 27 maggio 1949, n. 260, sulle ricorrenze festive", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 22 aprile 1954, n. 92.
- 4 La legge 23 dicembre 2005, n. 266, denominata "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)", è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 29 dicembre 2005, n. 302.
- 5 Il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 9 maggio 2001, n. 106.
- 6 Per Corte cost., 16 maggio 2008, n. 146: "Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 224, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, sollevata in riferimento all'articolo 3 Cost., nella parte in cui prevede che "Tra le disposizioni riconosciute inapplicabili dall'articolo 69, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997, è ricompreso l'articolo 5, terzo comma, della legge 27 maggio 1949, n. 260, come sostituito dall'articolo 1 della legge 31 marzo 1954, n. 90, in materia di retribuzione nelle festività civili nazionali ricadenti di domenica". Le differenze ancora esistenti tra il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e il rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati rendono ingiustificata la pretesa di estendere, in nome del principio di eguaglianza, l'applicazione di una singola disposizione, quale quella oggetto di censura, senza tenere conto del quadro complessivo del trattamento economico-normativo dei dipendenti della pubblica amministrazione, quale risulta a seguito dell'applicazione delle procedure di contrattazione collettiva previste dal legislatore".

Emiliana Matrone

L'orientamento del Tribunale di Nocera Inferiore in tema di obbligazione di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio e di risarcibilità del danno da privazione genitoriale

Il Tribunale di Nocera Inferiore, in persona del giudice monocratico Cons. dott. Emanuela Musi, con la sentenza n. 9 del 4 gennaio 2016, affronta - con rara sensibilità e profonda competenza giuridica - il tema delicato e complesso dell'obbligazione di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio nonché quello della risarcibilità del danno da privazione genitoriale. Orbene, il Tribunale di Nocera Inferiore, con riguardo alla prima delle riferite problematiche, osserva che "l'obbligazione di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, essendo collegata allo *status* genitoriale, sorge con la nascita e per il solo fatto di averli generati persistendo fino al momento del conseguimento della loro indipendenza economica, con la conseguenza che nell'ipotesi in cui, al momento della nascita, il figlio sia stato riconosciuto da uno solo dei genitori, il quale abbia assunto l'onere esclusivo del mantenimento anche per la parte dell'altro genitore, egli

ha diritto di regresso nei confronti dell'altro per la corrispondente quota, sulla base delle regole dettate dagli articoli 148 e 261 c.c., (v. oggi l'articolo 316 *bis* c.c., introdotto dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) da interpretarsi alla luce del regime delle obbligazioni solidali stabilito nell'articolo 1299 c.c."

Ancora, puntualizza che "il rimborso delle spese spettanti al genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio fin dalla nascita ha natura in senso lato indennitaria, essendo diretto ad indennizzare il genitore, che ha riconosciuto il figlio, per gli esborsi sostenuti da solo per il mantenimento della prole". Inoltre, precisa che "L'obbligo del genitore naturale di concorrere nel mantenimento del figlio insorge con la nascita dello stesso, ancorché la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza". In particolare, soggiunge che "il riconoscimento del figlio naturale ai sensi dell'articolo 261 c.c., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ai sensi dell'articolo 148 c.c., ricollegandosi tale obbligazione allo *status* genitoriale e assumendo, di conseguenza, efficacia retroattiva (Cass. Civ. 26576/07; v. anche Cass. Civ. 15756/06; Cass. Civ. 2196/03). Invero, l'obbligo dei genitori di mantenere i figli (articoli 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda, sicché nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale (ovvero anteriore al riconoscimento), essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori (così cfr. Cass. Civ. 2328/06)". Nel caso concreto, il giudice reputa di poter accogliere la domanda attorea tesa ad ottenere l'indennizzo di cui innanzi, in quanto vi è prova che le spese di sostentamento e di mantenimento della figlia - dalla nascita e fino al conseguimento dell'autosufficienza economica della stessa - siano gravate, quasi esclusivamente, sulla madre e ciò senz'altro non legittimamente, essendo figlia alla stessa stregua del padre come della madre. Con riguardo alla quantificazione di detto indennizzo, è necessario ricordare che "il giudice di merito può utilizzare il criterio equitativo per determinare le somme dovute a titolo di rimborso, poiché è principio generale (desumibile da varie norme, quali ad esempio l'articolo 379 c.c., comma 2, articoli 2054 e 2047 c.c.) che l'equità costituisca criterio di valutazione del pregiudizio



non solo in ipotesi di responsabilità extracontrattuale, ma anche con riguardo ad indennizzi o indennità previste in genere dalla legge". "Posto che non può pretendersi che il genitore che agisce per la ripetizione pro quota delle spese di mantenimento documenti dettagliatamente tutti gli esborsi sostenuti *ex se* nel corso della vita del figlio", il Tribunale campano perviene alla seguente innovativa soluzione: "il costo del mantenimento ordinario può ben essere quantificato in base alle conoscenze rientranti nella comune esperienza *ex* articolo 115 c. 2 c.p.c. [...] anche alla stregua dei criteri orientativi ricavabili dalle pronunce della giurisprudenza sul punto ed in ordine alla determinazione del *quantum* degli assegni di mantenimento riconosciuti in sede di separazione dei coniugi". Con riguardo, invece, alla domanda avanzata dall'attrice di risarcimento del danno non patrimoniale causato dall'assenza quasi totale dell'altro genitore nella partecipazione alla crescita della figlia, il Tribunale finisce per negare la risarcibilità di tale danno. In particolare, osserva che ai fini del riconoscimento di un tale tipo di danno occorre chiedersi se esista, in conseguenza della filiazione, il diritto di un genitore di pretendere la partecipazione dell'altro genitore alla crescita del figlio. Per la Giustizia adita la sofferenza patita dall'attrice, che si è ritrovata a dover crescere da sola la figlia, è notevole e non esige prova in quanto presumibile.

Tuttavia, il Tribunale di Nocera Inferiore, pur condividendo la prospettazione dell'attrice sul piano umano, sostiene che nella sofferenza atorea non sia dato ravvisare "il diritto inviolabile della persona la cui lesione oltre la soglia di tolle-

rabilità implicherebbe l'insorgenza di un obbligo risarcitorio in capo al convenuto".

Tale decisione, che, a prima vista, potrebbe apparire restrittiva, è, in realtà, sapientemente in linea con la più recente evoluzione giurisprudenziale in materia di risarcibilità del danno non patrimoniale ed è sorretta dal seguente iter logico-argomentativo:

"1) la richiamata norma dell'articolo 30 della Costituzione (negli atti difensivi delle attrici) è volta a tutelare il diritto del figlio naturale alla bigenitorialità ma non anche quello di un genitore ad esigere la partecipazione dell'altro nella crescita del figlio; ben vero, la scelta di diventare genitore, sia all'interno che al di fuori del matrimonio, ad avviso di questo giudice, presuppone l'assunzione del rischio di poter vivere *ex se* la propria esperienza genitoriale senza cioè poter condividere con l'altro le gioie ed i dolori che la stessa comporta;

2) anche a volere riconoscere come esistente il diritto dello stesso genitore, oltre che del figlio, alla cd. bigenitorialità, nel caso di specie non potrebbe ritenersi superata la soglia di tollerabilità: invero, nel momento in cui una donna sceglie consapevolmente di intraprendere una relazione sentimentale con un uomo sposato e già padre di 4 figli e di avere un figlio dal detto uomo accetta, più o meno scientemente, il rischio di crescere da sola la creatura nata dalla relazione, conseguendo che la sofferenza derivata dalla assenza del padre nella sua vita prima che in quella della figlia assume i connotati di un dolore calcolato, prevedibile e, ragionevolmente, come tale più tollerabile". La sentenza in commento risulta illuminante

anche in materia di risarcimento del danno da privazione genitoriale.

Trattasi, come è noto, di un danno che può derivare, oltre che dal mancato riconoscimento del figlio naturale, anche dal difetto di adempimento degli obblighi parentali, per aver fatto mancare alla propria prole le cure e l'assistenza morale e materiale imposti dagli articoli 147 e 148 c.c.

In questi casi, la lesione è individuata con riferimento ai valori tutelati dagli articoli 29 e 30 della Costituzione, ma anche con riferimento a quelli di cui all'articolo 2 e cioè il diritto dell'individuo di essere tutelato all'interno e nella sua appartenenza ad una di quelle formazioni sociali ove si svolge la personalità. Si tratta, invero, di una voce di danno di cui è semplice percepire la consistenza e la incidenza vertendosi in ipotesi di relazioni familiari inesistenti e che invece, se fossero esistite, avrebbero arricchito l'individuo sotto il profilo personale (ed anche economico); in dette ipotesi si può agevolmente presumere secondo l'*id quod plerumque accidit* una modificazione *in peius* della vita del soggetto, non limitata al momento del dolore, ma anche proiettata nel futuro, dal momento che viene a mancare l'apporto, l'affetto, la cura e l'assistenza che aiutano l'individuo a realizzarsi nel suo complessivo percorso esistenziale. Sul punto, il Tribunale di Nocera Inferiore afferma quanto segue: "L'omissione colpevole dei doveri genitoriali costituisce, quindi, un comportamento *contra jus* ed è idonea a determinare la lesione del diritto alla esplicazione della personalità. I doveri parentali sono, infatti, inderogabili perché funzionali a garantire la crescita dell'individuo, e la formazione di una personalità completa ed armonica in grado di inserirsi al meglio, una volta adulto, nella vita sociale. L'assenza del genitore, che consapevolmente ometta l'adempimento dei doveri derivanti dalla procreazione, può quindi venire in evidenza sotto un duplice profilo: il danno economico ed il danno non patrimoniale. L'assenza di un genitore nella vita del figlio genera indubbiamente molteplici ripercussioni negative nella vita di quest'ultimo, tra cui scompensi affettivi e la privazione di sostegno psicologico e di guida, oltre ad inevitabili ricadute nella vita di relazione: la profonda sofferenza provocata nel figlio dall'assenza di un genitore per la mancanza della relativa cura, dell'affetto e dell'apporto anche sul piano educativo costituiscono dati presuntivi così come per presunzione deve derivarne l'affermazione dell'esistenza del danno (in tal senso tra le molte v. Cass. Civ. 3079/2015). La Carta Costituzionale - e quindi il codice civile - impongono ai padri ed alle madri di istruire, educare e mantenere i figli; tale obbligo deve essere inteso come dovere per chi metta al mondo dei

figli di accompagnarne la crescita, mediante l'assunzione di concrete responsabilità nelle scelte educative, e di un ruolo di riferimento nel percorso di sviluppo del minore. Le previsioni normative dianzi citate valgono ad evitare, in estrema sintesi, l'abbandono dei figli a loro stessi dopo la procreazione, giacché nessuno può diventare adulto senza accanto figure - a loro volta adulte - che ne accompagnino, guidino, sorvegliano lo sviluppo. Ciò a prescindere dai rapporti in essere con l'altro genitore e dalle personali condizioni di vita: diversamente opinando, la semplice sussistenza di difficoltà relazionali con l'altro genitore legittimerebbe il totale disinteresse nei confronti del figlio. Tali specifiche condizioni potranno, semmai, rilevare in sede di quantificazione del danno, giacché un genitore naturale che abbia una propria vita familiare (con una moglie ed altri figli) e viva in altra città non potrebbe, anche volendo, essere figura di riferimento parificabile a quella di un genitore convivente, presente nel quotidiano, e partecipe pertanto di tutte le difficoltà, gioie, scelte proprie del cammino verso l'età adulta. Se esiste un dovere dei genitori di istruire, educare, mantenere i figli, da intendere nel senso dianzi esposto, esiste anche un diritto - di rango costituzionale - dei figli ad essere accompagnati nella crescita, ed affiancati nel cammino verso l'età adulta". Nel caso concreto, il Giudicante reputa integrati i presupposti del richiesto risarcimento, poiché il comportamento del convenuto, contrario agli obblighi sullo stesso gravanti *ex* articolo 30 Cost. e 147 c.c. ha certamente privato la figlia se non dell'affetto (che non è coercibile) certamente di quel partecipe accompagnamento della crescita che invece è diritto - costituzionalmente tutelato - di ogni figlio. Nel caso di specie, infatti, risulta provato attraverso i mezzi di prova ammessi ed espletati, che il padre ha partecipato alla vita della figlia soltanto in maniera episodica e che ha palesato un troppo limitato interesse alla vita della figlia con un comportamento violativo dei doveri genitoriali e del diritto costituzionalmente garantito del figlio alla bigenitorialità con ovvie ricadute in termini di sofferenza nella vita della figlia. In particolare, su quest'ultimo aspetto, il Giudicante richiama il principio ermeneutico elaborato dalla giurisprudenza, secondo il quale, applicando ai fatti noti e provati in corso di istruttoria dell'assenza del padre e del suo totale disinteresse le regole della comune esperienza, ne discende che "l'assenza del padre non può che ingenerare nel figlio profonda sofferenza per la privazione di beni fondamentali quali la cura, l'affetto, l'amore genitoriale" oltre che un "pregiudizio alle proprie capacità relazionali e realizzatrici", tale che "deve ritenersi provato il lamentato

danno non patrimoniale”.

Venendo alla difficile operazione di quantificazione del danno in argomento, il giudice ritiene di poter utilizzare a titolo orientativo, pur nell'ambito di una liquidazione equitativa, le tabelle elaborate dal Tribunale di Milano, che secondo la giurisprudenza “in effetti, le predette tabelle hanno ad oggetto i criteri di quantificazione del cd. danno da lesione del rapporto parentale nelle ipotesi in cui una persona sia vittima (o subisca gravi lesioni a causa) della condotta illecita di un terzo che per questo sia chiamato a rispondere delle conseguenze dannose nei confronti di coloro che erano legati alla vittima da relazioni parentali di varia natura e intensità. Diverso è il caso del genitore che, non riconoscendo il figlio, disinteressandosene per molti anni e facendogli mancare i mezzi di sussistenza, rifiuti il ruolo genitoriale e deliberatamente impedisca il sorgere in concreto del rapporto parentale che deriva dalla procreazione. E tuttavia, quelle tabelle rimangono utilizzabili come parametro di valutazione, con gli opportuni adattamenti che sono stati in concreto operanti dalla corte bresciana che, con valutazione equitativa incensurabile in questa sede, ha tenuto conto della particolarità della fattispecie”. Sulla scorta della motivazione che precede, il Tribunale di Nocera Inferiore, con la decisione in commento, accoglie la domanda attorea e, per l'effetto, condanna il convenuto a pagare in favore dell'attrice la somma di 86.052,28 euro per il mantenimento pro quota della figlia; altresì, lo condanna al pagamento in favore della figlia della somma complessiva di 50.000,00 euro, oltre interessi compensativi, a titolo di risarcimento del danno da privazione genitoriale; con vittoria di spese e compensi di causa.

Mariella Orlando

Imposta di registro nell'ipotesi di sentenza penale di condanna.

Inosservanza dei termini attinenti alla procedura di recupero dell'imposta

Corte di Cassazione sentenza 11 novembre 2015 n. 23061.

Con la sentenza n. 23061 del 2015 la Suprema Corte ha statuito che l'atto impugnabile nel caso di imposta di registro a debito di una sentenza penale di condanna è esclusivamente l'invito di pagamento di cui all'articolo 212 del d.p.r. n. 115 del 2002. Nello specifico la ricorrente impugnava innanzi alla commissione tributaria provinciale una cartella di pagamento relativa all'iscrizione a

debito per il recupero dell'imposta di registro dovuta in riferimento ad una sentenza penale di condanna nei confronti del padre. La ricorrente eccepiva la nullità e l'illegittimità del ruolo e della conseguente cartella per inosservanza dei termini attinenti alla procedura di recupero dell'imposta prenotata a debito, nonché in ogni caso la prescrizione del diritto azionato. In primo grado la commissione tributaria rigettava il ricorso. Anche in secondo grado si confermava quanto già pronunciato dalla commissione di primo grado, nello specifico si ribadiva che, ai sensi dell'articolo 213 del d.p.r. n. 115 del 2002, l'invito di pagamento aveva natura di avviso di liquidazione del tributo e che la contribuente aveva omesso di impugnarlo. La commissione tributaria quindi negava il carattere perentorio al termine di un mese previsto dall'articolo 212 del d.p.r. n. 215 del 2002 (cd. “Testo unico in materia di spese di giustizia”) ai fini della notifica dell'invito in questione, e svolgeva distinte considerazioni in ordine: all'eccezione sul termine di decadenza triennale che riteneva di doversi indirizzare all'invito di pagamento e dunque assorbita dalla mancata impugnazione di questo; sull'inammissibilità dell'eccezione relativa alla pretesa dell'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, per violazione del divieto dei *nova* e per genericità, non essendovi stata dimostrata dell'accettazione definitiva né del limite dell'eredità beneficiata.

La Corte di Cassazione si pronuncia sui seguenti motivi.

Con il primo motivo si deduce la nullità dell'impugnata sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la notifica dell'invito di pagamento non era stata contestata dalla contribuente. Da ciò la ricorrente assume essere stata erroneamente tratta la conclusione che i vizi relativi al detto atto non potevano essere fatti valere nell'opposizione contro la susseguente cartella di pagamento.

Col secondo motivo si censura la sentenza per violazione e falsa applicazione dell'articolo 212, 2° comma, del d.p.r. n. 115 del 2002, in relazione all'articolo 360, n. 3, c.p.c., avendo la sentenza affermato la natura ordinatoria del termine stabilito per la notifica dell'invito di pagamento.

La Corte più volte ha affermato che, in tema di contenzioso tributario, sono qualificabili come avvisi di accertamento o di liquidazione, e sono quindi impugnabili ai sensi del d.lgs. n. 546 del 1992 articolo 19, tutti quegli atti con cui l'amministrazione comunica al contribuente una pretesa tributaria ormai definitiva, non assumendo alcun rilievo la mancanza dell'avviso di liquidazione o avviso di pagamento. Pertanto il profilo attinente alla presunta tardività della notifica dell'invito di pagamento avrebbe dovuto essere fatto valere

come vizio proprio dell'atto in cui ineriva e non della conseguente cartella esattoriale.

Anche il terzo motivo è riconosciuto infondato in quanto il termine per portare a riscossione l'imposta doveva essere ricondotto a quello di “decadenza dell'azione finanziaria” e cioè di tre anni dalla registrazione. Diversamente, si è ritenuto tornasse applicabile il termine decennale di cui all'articolo 78 dello stesso TUR, relativamente alla prescrizione del diritto ad esigerla, in quanto l'iter che conduce alla riscossione dell'imposta di registro di sentenza con prenotazione a debito risulta condizionato all'acquisizione del carattere di definitività del provvedimento giudiziario da sottoporre ad imposizione e, quindi, quel procedimento di riscossione si rileva connaturalmente incompatibile con il più breve vincolo temporale di decadenza della registrazione¹.

Difatti, anche alla decadenza si estende il principio di cui all'articolo 2935 c.c., per cui il termine, di decadenza, come il termine di prescrizione, decorre dal giorno in cui il diritto può essere esercitato. Ne consegue che, dipendendo il procedimento che conduce alla riscossione del tributo dalla previa iniziativa dell'ufficio giudiziario di cancelleria, e non da quella dell'amministrazione finanziaria creditrice d'imposta, ogni diversa interpretazione finirebbe col lasciare questa seconda - nella dianozi indicata prospettiva di cui all'articolo 2935 c.c. - nella impossibilità di attivarsi per evitare il maturare della decadenza del proprio diritto. In buona sostanza, la disciplina dettata dall'articolo 76 del d.p.r. n. 131 del 1986 non si applica - essendo incompatibile giuridicamente - al procedimento di riscossione del tributo di registro relativo alle imposte prenotate a debito su atti giudiziari, in relazione al quale è invece applicabile il termine decennale di prescrizione previsto dall'articolo 78 del medesimo d.p.r. n. 131 del 1986. Col quarto motivo di ricorsi si censura la sentenza per violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli articoli 223 del d.p.r. n. 115 del 2002 e 25, comma 1°, lettera c, del d.p.r. n. 602 del 1973 nella parte in cui essa ha affermato che il termine stabilito da tale disposizione decorreva dalla notifica dell'invito di pagamento anziché dal passaggio in giudicato della sentenza a cui si riferisce l'imposta. Il motivo è infondato, in quanto l'imposta di registro, dovuta a seguito della registrazione a debito di una sentenza di condanna, debba considerarsi come “definitivamente accertata” al momento del passaggio in giudicato della sentenza. Tale affermazione non è condivisa dai giudici della Corte, i quali sostengono che la funzione di accertamento del tributo non è insita nella sentenza penale di condanna, ma nel successivo atto che - apposta-

mente - una volta passata in giudicato o divenuta definitivo il provvedimento da cui sorge l'obbligo, l'ufficio notifica al debitore ai sensi dell'articolo 212 del d.p.r. n. 115 del 2002. In particolare l'ufficio incaricato della gestione delle attività connesse alla riscossione è presso il magistrato, il cui provvedimento è passato in giudicato o presso il magistrato il cui provvedimento è divenuto definitivo. Tale competenza generale è coerente col quadro degli adempimenti previsti nell'ambito della procedura di registrazione degli atti giudiziari che si incentra sulla previa trasmissione degli atti all'ufficio finanziario da parte del funzionario addetto all'ufficio giudiziario, e sulla conseguente attribuzione all'ufficio finanziario ricevente del semplice compito di comunicazione degli estremi di protocollo e di registrazione dell'atto, nel termine di dieci giorni dalla ricezione d'imposta prenotata a debito.

In base agli articoli 211, 212 e 213 del d.p.r. n. 115 del 2002, l'attività di riscossione è preceduta dalla liquidazione dell'imposta, che presuppone la notifica dell'invito di pagamento da parte del funzionario dell'amministrazione giudiziaria. Tale è quindi l'atto nel quale l'imposta dovuta diviene definitivamente accertato. Ne consegue che la commissione tributaria regionale ha ritenuto tempestiva la cartella di pagamento recante l'iscrizione a ruolo della somma infruttuosa richiesta con l'invito al pagamento, giacché il termine di notifica della cartella non poteva decorre se prima non fosse stata a sua volta notificato l'invito e se non fosse scaduto il termine di un mese in esso fissato. Nel caso di specie, l'invito era stato notificato in base alla sentenza, sicché la cartella era tempestiva. I motivi restanti sono afferenti alla statuizione assunta dalla commissione tributaria a proposito dell'accertamento dell'eredità con beneficio d'inventario. In particolare la commissione tributaria regionale ha ritenuto inammissibile l'eccezione relativa all'accertamento dell'eredità con beneficio d'inventario innanzi tutto per “violazione del divieto di *ius novorum*”. L'affermazione - secondo i giudici della Corte - va corretta, dovendosi richiamare il principio secondo il quale l'accertamento dell'eredità con beneficio dell'inventario integra una eccezione in senso lato, in quanto il legislatore non ne ha espressamente escluso la rilevanza d'ufficio. Tale condizione non corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo, ma rileva quale fatto da solo sufficiente a impedire la confusione del patrimonio dell'erede con quello del defunto. Ne consegue che il beneficio è liberamente invocato dalla parte pure nel giudizio d'appello, ed è rilevabile d'ufficio dal giudice a favore di altri chiamati all'eredità, senza che rilevi neppure l'eventuale contuma-

cia. La commissione tributaria ha ritenuto inammissibile la doglianza della ricorrente, quanto al limite di responsabilità derivante dall'accettazione beneficiata perché la relativa eccezione sarebbe stata generica "non risultando dimostrato né se l'eredità sia stata definitivamente accettata, né i limiti dell'attività beneficiata". L'eccezione mirava semplicemente a impedire la confusione del patrimonio dell'erede con quello del defunto. Dunque non necessitava di altro che di essere formulata onde apprezzare il fatto che l'eredità fosse stata in tal modo "definitivamente accettata". Infine la Corte - nel dare ragione a quanto sostenuto dalla commissione tributaria - sostiene ancora che l'accertamento con beneficio d'inventario dovrebbe venire in rilievo soltanto nella conseguente fase della riscossione coattiva, perché andrebbe a incidere su questa fase e non su quella della cognizione. In particolare - puntualizza la Corte - la giurisdizione tributaria, avendo ad oggetto sia l'"an" che il "quantum" della pretesa tributaria, comprende anche l'individuazione del soggetto tenuto al versamento dell'imposta o dei limiti nei quali esso, per la sua qualità. Ne consegue che, qualora tra i debiti ereditati rientri un debito di imposta e l'erede abbia accettato con beneficio di inventario, spetta alle commissioni tributarie conoscere dell'impugnazione dell'avviso di liquidazione con cui esso erede con beneficio d'inventario - adducendo la propria responsabilità per il debito fiscale ereditario nei limiti di valore dei beni a lui pervenuti - faccia valere il vizio proprio di tale atto impositivo, ad esso destinato, in quanto volto a conseguire il pagamento precluso dalla definitività dell'avviso di liquidazione².

L'esatto significato di tale principio riposa sulla considerazione secondo la quale una qualsiasi forma di tutela in sede ordinaria sarebbe preclusa dalla definitività degli avvisi di liquidazione. Ciò vuol dire che l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario³ - determinando così una limitazione della responsabilità dell'erede per i debiti del *de cuius* entro il valore dei beni ereditari, e comportando quindi una posizione dell'erede del debitore, di fronte alle ragioni del creditore del defunto, quantitativamente diversa o più favorevole - va eccepita nel giudizio cognitivo al creditore del *de cuius* che faccia valere illimitatamente la propria pretesa, valendo detta eccezione a contenere nei limiti da essa imposti l'estensione e gli effetti della pronuncia giudiziale.

Tale pronuncia, in mancanza di un simile accertamento, non è contestabile, non essendo altrimenti deducibile la qualità di erede con beneficio d'inventario. Nel caso di specie non è stato impugnato l'avviso di pagamento a mezzo del quale era

stata fatta valere illimitatamente dall'erario, nei riguardi dell'erede, la pretesa obbligatoria concernente il debito tributario del defunto.

Dunque l'erede non poteva più eccepire - in sede di riscossione - né potrà farlo nell'eventuale sede di esecuzione - la ridotta responsabilità derivante dall'accettazione con beneficio d'inventario⁴.

In conclusione, la Corte di Cassazione rigetta il ricorso e compensa le spese processuali.

¹ De Nardi M., *Impugnabile solo l'invito al pagamento per la registrazione a debito*, in *Il Fisco*, 12 novembre 2015.

² Si ricorda la sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, con la sentenza n. 7792 del 15 aprile 2005.

Il nuovo testo del comma 3 dell'articolo 2 del d.lgs. 546/92 attribuisce al giudice tributario la possibilità di decidere, in via incidentale, ogni questione pregiudiziale senza che assuma rilevanza l'autorità giudiziaria presso cui pende tale questione (si pensi, in tema di Tosap, all'accertamento in via incidentale di un'area demaniale). Compete ormai alla commissione tributaria decidere, in via incidentale, sulla qualità di erede del contribuente, sulla simulazione di contratti, sullo status di coltivatore diretto e sulla legittimità di regolamenti o atti amministrativi generali.

La sentenza della Cassazione sulla giurisdizione ha efficacia esterna al processo in relazione al quale è intervenuta, sicché la questione di giurisdizione non si può riproporre in un altro processo tra le medesime parti, tranne che sopraggiungano nuove norme o nuovi elementi di fatto idonei a incidere sulla giurisdizione.

³ Corte di Cassazione con sentenza n. 6488 del 2007 ha stabilito che "Chi accetta l'eredità con beneficio d'inventario è erede a tutti gli effetti, con l'unica particolarità che, ai sensi degli articoli 484 e 490, secondo comma, n. 2, c.c., tiene distinto il proprio patrimonio da quello del defunto. Di conseguenza, non viene meno la responsabilità patrimoniale dell'erede per i debiti tributari del *de cuius*".

⁴ Si ricorda la sentenza n. 841 del 2014, Sezione tributaria, della Corte di Cassazione, che ha ribadito quanto disposto dall'articolo 471 c.c. ove si stabilisce che non si possono accettare le eredità devolute ai minori, se non col beneficio d'inventario. Inoltre, l'articolo 489 c.c. prescrive che i minori non si intendono decaduti dal beneficio di inventario, se non al compimento di un anno dalla maggiore età.

Francesco Ricciardi

Consiglio di Stato: I principi fissati dall'Adunanza plenaria n. 14/2011, in tema di scorrimento delle graduatorie degli idonei, non si applicano alle selezioni dell'Arma dei Carabinieri che è legittimata a bandire concorsi annuali

Nel secondo numero dell'anno 2012 si è dato atto degli orientamenti giurisprudenziali in materia di scorrimento delle graduatorie concorsuali pubbliche, con particolare riguardo alla posizione degli idonei, originati dalle pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica. In altre parole, sono stati indagati i limiti di operatività della scelta discrezionale dell'Amministrazione, di "indire una nuova procedura concorsuale, destinata ad incidere sull'aspettativa dei candidati idonei allo scorrimento delle graduatorie".

Come già rappresentato in tale sede, le teorie più risalenti ritenevano che, in tema di selezioni pubbliche, la regola generale fosse data dalla indizione di un nuovo concorso, pur in presenza di graduatorie ancora valide ed efficaci. Sostrato giustificativo di tale assunto era rappresentato dalla riconduzione della scelta dell'Amministrazione nell'alveo del cd. merito amministrativo, insindacabile in via giurisdizionale. Altro e diverso orientamento, meno restrittivo, ha ritenuto che l'indizione di una procedura selettiva, in ordine a posizioni omogenee a quelle di graduatorie vigenti ma non esaurite, necessiti di un'adeguata motivazione, da cui emergano le ragioni del sacrificio delle posizioni di idoneità.

Per le tesi più recenti, *ex adverso*, l'esaurimento delle graduatorie vigenti costituirebbe ormai la regola ordinaria di reclutamento, mentre l'espletamento di una nuova procedura ne sarebbe eccezione, da qui un obbligo di motivazione particolarmente pregnante. A seguito degli esposti contrasti giurisprudenziali è intervenuta l'Adunanza plenaria, con sentenza n. 14 del 2011, che ha inteso imporre l'obbligo di motivare il mancato scorrimento delle graduatorie, dando conto delle ragioni che giustificano il sacrificio degli idonei e quindi invertendo l'ordinaria regola di reclutamento sino ad allora operante.

Dopo tale breve excursus riepilogativo e venendo all'esame della pronuncia in commento, deve evidenziarsi che la stessa ha di fatto individuato una concreta eccezione a quanto stabilito, in via generale, dalla Plenaria del 2011, con riferimento alla particolare natura dell'Amministrazione che bandisce la selezione. La materia è quella del reclutamento del personale delle Forze Armate e, nella specie, dell'Arma dei Carabinieri, amministrazioni che spesso, con cadenza annuale, bandiscono nuove procedure di reclutamento, in ordine a posizioni omogenee a quelle di graduatorie ancora valide ed efficaci. Il TAR del Lazio, competente quale giudice di prime cure, nel richiamarsi ai principi della menzionata Plenaria, aveva accolto il ricorso introduttivo proposto dagli idonei, annullando il nuovo bando di concorso, perché lo stesso non motivava in ordine alle esigenze di una nuova procedura, in luogo dell'esaurimento della graduatoria vigente (TAR del Lazio, n. 2471/1015). Avverso detta pronuncia proponeva impugnazione il Ministero della Difesa, censurando l'erronea interpretazione dei principi giurisprudenziali e della normativa di settore che, per l'Arma dei Carabinieri e le Forze Armate in generale, detterebbero regole di natura derogatoria ed eccezionale. In altre parole e con sforzo di sintesi, la specificità delle esigenze e dei requisiti sottesi al reclutamento del personale militare e delle forze

di polizia giustificerebbe, *ex se*, il possibile sacrificio delle ragioni degli idonei, le cui aspettative di assunzione cesserebbero all'atto della copertura dei posti originariamente banditi. Eventuali scorrimenti, pertanto, sarebbero ammissibili solo nei limiti delle rinunce, decadenze o dimissioni dei vincitori. Inoltre, la difesa erariale ha sostenuto che l'obbligo di motivare la nuova procedura sarebbe esaudito, senza necessità di ulteriori esternazioni, dalle stesse "esigenze operative ed organizzative dell'Arma, tali da esigere l'attualità dell'accertamento dei requisiti richiesti, di efficienza ed idoneità psicofisica ed attitudinale". Ebbene il Collegio giudicante, mostrando adesione a queste considerazioni, ha ravvisato l'esistenza di una ipotesi di eccezione al principio generale di scorrimento delle graduatorie ed al connesso obbligo motivazionale sanciti dalla Plenaria n. 14/2011. I giudici di Palazzo Spada, sostengono che con riguardo all'Arma dei Carabinieri, cui è applicabile il codice dell'ordinamento militare di cui al d.lgs. n. 66 del 2010, vige un regime di specialità, estensibile a tutto il personale militare, delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco (cfr. articolo 3 comma 1 d.lgs. n. 165/2001, articolo 625 comma 1 d.lgs. n. 66/2010). Inoltre, il Collegio giudicante ha inteso individuare anche le norme che, con riguardo a tali settori di amministrazione, permettono una ciclicità nell'indizione dei concorsi. A tal fine rileva l'articolo 635 d.lgs. n. 66/2010, secondo cui "l'Amministrazione militare ha facoltà di conferire, nel limite delle risorse finanziarie previste, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultano disponibili alla data di approvazione della graduatoria (...). Se alcuni posti a concorso restano scoperti per rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori, l'Amministrazione ha facoltà di procedere, nel termine di un anno dalla data di approvazione della graduatoria, ad altrettante nomine, secondo l'ordine della graduatoria stessa (...)". Pertanto, come è evidente, dal coacervo di tali disposizioni i giudici amministrativi rilevano che per il reclutamento delle Forze Armate non sussisterebbe in capo all'Amministrazione un obbligo primario di procedere allo scorrimento delle graduatorie preesistenti, in luogo dell'indizione di un nuovo concorso, per la copertura di posizioni funzionali omogenee. A ben vedere, quindi, la ciclica indizione dei concorsi *de quibus* sarebbe strumentale all'esigenza di verificare l'attualità del possesso dei requisiti di età, efficienza fisica e idoneità psicoattitudinale all'incarico. Per tale motivo, la posizione dell'idoneo in tali particolari procedure, sarebbe degradata da interesse legittimo pretensivo all'assunzione, a mera aspettativa, pertanto non tutelabile.

Gaetano Riccio

Società e cancellazione dal registro delle imprese: gli effetti ricadono anche in capo all'imprenditore individuale?

Nota a Cass. civ., sezione VI, ord., 7 gennaio 2016, n. 98.

In tale occasione gli Ermellini, uniformandosi a quanto dettato precedentemente dalla Suprema Corte negli anni passati (*ex multis*, Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2011, n. 9744), ribadiscono che l'inizio e la fine della qualità di imprenditore sono subordinati all'effettivo svolgimento o al reale venir meno dell'attività imprenditoriale e non alla formalità della cancellazione dal registro delle imprese.

Il caso

Il Tribunale di Vasto dichiarava il fallimento dell'impresa individuale del Sig. L.A., su istanza di fallimento depositata da un creditore successivamente alla notifica della prima richiesta di fallimento avanzata da una differente parte creditrice. Il fallito ricorreva, quindi, alla Corte d'Appello de L'Aquila, che, tuttavia, ne rigettava il reclamo. Avverso la sentenza della Corte d'Appello quest'ultimo presentava innanzi alla Suprema Corte un ricorso fondato su tre motivi, mediante i quali denunciava non solo la presenza di vizi motivazionali ma anche la violazione e falsa applicazione di:

- a) norme di legge processuale (articolo 112 c.p.c.);
- b) norme di legge fallimentare (articolo 5 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267¹).

La decisione

Procedendo con ordine, relativamente alla *questio* inerente la mancata notificazione e/o conoscenza della seconda richiesta di fallimento avanzata da una parte creditrice, i giudici di Piazza Cavour, in ragione dell'indirizzo giurisprudenziale dominante in *subiecta materia*, hanno avvalorato il principio secondo il quale: "Anche a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5² e dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169³, nel procedimento per dichiarazione di fallimento al debitore, cui sia stato regolarmente notificato il ricorso nel rispetto delle forme previste dalla legge, non devono essere necessariamente notificati i successivi ricorsi che si inseriscano nel medesimo procedimento, avendo egli l'onere di seguire l'ulteriore sviluppo della procedura e di assumere ogni opportuna iniziativa in ordine ad essa, a tutela dei propri diritti. Pertanto, la circo-

stanza che il fallimento venga dichiarato su istanza di un creditore diverso rispetto a quello che da cui proviene la notificazione del ricorso non lede il diritto di difesa, a meno che il debitore non deduca di non essere stato in grado di allegare tempestivamente circostanze idonee a paralizzare l'istanza ulteriore e diversa rispetto a quella che gli era stata tempestivamente notificata"⁴.

Oltre a ciò, gli Ermellini hanno rigettato la doglianza del Sig. L.A. che denunciava la mancata applicazione all'imprenditore individuale dei principi che contraddistinguono le società relativamente allo stadio della loro liquidazione.

La pronuncia in commento costituisce una preziosa occasione per soffermarsi, seppure brevemente, sulla tematica concernente la cancellazione dal registro delle imprese e l'estinzione della società di capitali. Nel dettaglio, a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, emergono i seguenti effetti:

- a) la società si estingue;
- b) ai sensi dell'articolo 2456, comma 2, c.c. "(...) i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi rimosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi (...)".

Sul punto, è bene rammentare che nel sistema giuridico odierno, successivamente alla cancellazione della società, non può realizzarsi una rinascita della persona giuridica con correlativa riapertura del procedimento di liquidazione né per le ipotesi in cui siano ravvisabili sopravvenienze passive né, tantomeno, per il caso in cui possano constatarsi sopravvenienze attive.

Ad ogni modo, antecedentemente alla novellazione della materia in commento, avutasi con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6⁵, prevaleva l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, allorché fossero stati riscontrabili rapporti da definire, non poteva aversi l'estinzione della società.

In altri termini, al ricorrere della summenzionata condizione, era ammissibile la riapertura del procedimento di liquidazione proprio in ragione della presenza di nuove passività o nuove attività. Questo *modus agendi*, pertanto, determinava quale ulteriore effetto la possibilità di dichiarare il fallimento della stessa società, quantunque cancellata, senza alcuna limitazione temporale, provocando, perciò, la disapplicazione di quanto stabilito dall'allora vigente articolo 10 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, dal quale si arguiva come il soggetto imprenditore potesse essere dichiarato fallito entro un anno dalla cessazione dell'impresa, nell'eventualità in cui l'insolvenza si fosse manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno

successivo. La cancellazione, così come regolamentata dall'odierno articolo 2495 c.c., determina l'estinzione della società con il contestuale venir meno della sua capacità e soggettività. Recentemente, la Corte di Cassazione con la sentenza pronunciata a Sezioni Unite il 12 marzo 2013, n. 6070, ha stabilito il seguente principio: "Qualora all'estinzione della società, conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, cosicché le obbligazioni si trasferiscono ai soci, che ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, *pendente societate*, essi fossero o meno illimitatamente responsabili per i debiti sociali. Altresì, si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o di comunione indivisa, i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta, ma non anche le mere pretese, benché azionate o azionabili in giudizio, né i diritti di credito ancora incerti o illiquidi la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore, giudiziale o stragiudiziale, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato". Le considerazioni che precedono sono dirimenti allorché si rapportino alle vicende estintive della qualità di imprenditore individuale nei cui confronti non può applicarsi quanto dettato dall'articolo 2495 c.c. Infatti, l'inizio e la fine della qualità di imprenditore sono subordinati all'effettivo svolgimento o al reale venir meno dell'attività imprenditoriale e non alla formalità della cancellazione dal registro delle imprese. In merito, ogni qualvolta si discute di cancellazione, deve rilevarsi che è solo in relazione alle società, difformemente da quanto *a contrariis* accade per l'impresa individuale, che si produce l'estinzione del soggetto titolare dell'attività. Per quanto affermato sino ad ora, si arguisce senza difficoltà di sorta che, ai fini dell'accertamento dell'insolvenza dell'imprenditore individuale, non possono impiegarsi le norme che contraddistinguono le società in liquidazione.

- 1 Il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, recante "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 81 del 6 aprile 1942.
- 2 Il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, rubricato "Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80", è stata pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2006, Supplemento Ordinario n. 13.
- 3 Il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, denominato "Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina

del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80", è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2007.

- 4 In tali termini, Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2013, n. 24968; Cass. civ., sez. VI, 26 settembre 2013, n. 22060; Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2006, n. 19141.
- 5 Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", è stata pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003, Supplemento Ordinario n. 8.

Michele Tipaldi

L'illegittimità anche per i procedimenti di natura amministrativa della sospensione a tempo indeterminato

Nota a TAR Campania, Salerno, sez. II, 16 novembre 2015, n. 2419.

La recente sentenza n. 2419 del 16 novembre 2015, il TAR Campania, Salerno, sez. II, interviene sul delicato tema dell'illegittimità anche per i procedimenti amministrativi della sospensione a tempo indeterminato.

La decisione in esame, invero, assume una notevole importanza poiché giunge alla conclusione dell'illegittimità della sospensione *sine die* di un procedimento di natura amministrativa, anche se i vari arresti giurisprudenziali sono volti in genere a negare la legittimità della sospensione disposta a tempo indeterminato del provvedimento anziché del procedimento amministrativo. Dunque, mentre è piuttosto frequente la questione riguardante la sospensione del provvedimento amministrativo, non lo è allo stesso modo quella relativa al procedimento amministrativo. In questa prospettiva, assume una sua particolarità la pronuncia della Corte territoriale circa la sospensione, pertanto, non del provvedimento, ma del procedimento amministrativo. Il Parlamento è intervenuto sulla materia della sospensione del provvedimento con l'articolo 21 *quater*, comma 2, della legge 241/90 che disciplina il procedimento di sospensione del provvedimento differenziando la sospensione dell'efficacia (ossia degli effetti giuridici del provvedimento), da quella dell'esecuzione (ossia dell'attività esecutiva materiale); questo articolo è stato anche oggetto di recenti modifiche, apportate dalla legge 124/2015. La sospensione in via amministrativa del provvedimento attua una decisione in autotutela decisoria "di specie cautelare", e secondo la disposizione menzionata i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente previsto dalla legge o dal provvedimento stesso. L'efficacia o l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa,



Baronsi,
chiosso del convento
della Santissima
Trinità

per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dal medesimo organo che lo ha adottato o da altro organo stabilito dalla legge. Il termine della sospensione è in modo esplicito designato nell'atto che la dispone e può essere differito o prorogato per una sola volta, oltre per sopravvenute esigenze ridotto, tuttavia non oltre i termini per l'esercizio dell'autotutela ad oggi fissato in diciotto mesi in base a quanto disposto dal recente intervento della legge 124/2015. È su questo quadro normativo che trae origine la decisione della Corte salernitana, esaminando l'eventualità di sospendere non il provvedimento ma un procedimento amministrativo, avente ad oggetto un'istanza per conseguire la proroga di una concessione demaniale marittima, fino all'esito degli accertamenti istruttori sui luoghi di causa da parte dell'Ufficio tecnico (area edilizia ed urbanistica).

Nel caso di specie, l'Amministrazione comunale non ha indicato un termine certo alla durata della sospensione, ma ha sospeso il percorso procedimentale a tempo indeterminato, con il facile e vago riferimento alla futura e anch'essa indeter-

minata conclusione degli accertamenti. Secondo la sentenza dell'Autorità giudiziaria, se è vero che gli orientamenti giurisprudenziali sono in genere indirizzati a negare la legittimità della sospensione del provvedimento amministrativo avente i caratteri della sospensione disposta *sine die*, è anche vero che, a medesime conclusioni, si può arrivare nelle ipotesi di sospensione di un procedimento amministrativo.

Infatti, anche in questi casi, si deve ravvisare l'inosservanza, da parte dell'Ente, dei principi di correttezza e buona fede e di ragionevole conclusione del procedimento, contemplati dall'articolo 2 della legge 241/90 e manifestazione di canoni generali dell'azione amministrativa.

Permettere, infine, una sospensione, senza limiti di tempo, del procedimento amministrativo, avrebbe l'effetto di umiliare oltremodo la relazione tra esercizio del potere amministrativo ed i termini del procedimento che nel corso degli ultimi anni è stata al centro di una sempre maggiore attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, resa ancora più acuta dalle recenti modifiche legislative.

Anna Villani

Danno tanatologico: è giunta davvero la fine?

Commento alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 luglio 2015 n. 15350, pres. Rovelli, rel. Salmè.

Con una recentissima pronuncia, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione si sono pronunciate su una delle questioni in assoluto più dibattute in giurisprudenza ed in dottrina e non presa in considerazione dal legislatore in nessuna norma, ossia sul diritto al risarcimento del danno tanatologico (detto anche "danno da morte immediata" o "danno da perdita del diritto alla vita") e sulla sua trasmissibilità *iure hereditatis* in caso di morte immediata del soggetto leso. La questione di diritto prende spunto dal seguente caso. I genitori e le sorelle di tale M. intraprendono un giudizio contro L. D. e la compagnia assicuratrice, al fine di chiedere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, compreso il danno tanatologico, occorsi al loro congiunto, a causa dello scontro frontale avvenuto in un incidente stradale provocato da L.D., dal quale è derivata la morte immediata del M.

In primis, la Corte di Cassazione pone in evidenza l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'ammissibilità del risarcimento del danno tanatologico, da cui è conseguita la rimessione alle Sezioni Unite, ossia del danno da morte conseguita immediatamente dopo le lesioni, ferma restando, invece, la risarcibilità del danno subito nel lasso di tempo, purché apprezzabile, che va dalle lesioni alla morte. Sul punto, infatti, si sono diffusi due indirizzi. Secondo il primo e costante orientamento, risalente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 3475 del 1925 e confermato dalla Corte Costituzionale n. 372 del 1994¹, il danno da morte immediata non sarebbe risarcibile *iure hereditatis*, considerato che il bene della salute e il bene della vita sono due beni diversi, essendo tutelato il primo dall'articolo 32 Cost. ed il secondo dall'articolo 2 Cost. Il danno alla salute o danno biologico presuppone la sopravvivenza della vittima, attesa l'impossibilità di configurare una perdita del bene-vita in capo ad un non vivente. Inoltre, il soggetto, con la morte, perderebbe la capacità giuridica e, quindi, non potrebbe trasmettere alcunché agli eredi. Il risarcimento del danno da morte darebbe vita ad un diritto adespota, senza titolare. Il danno tanatologico, infatti, presuppone l'*exitus* del titolare del diritto. Un diritto al risarcimento può sorgere in capo alla persona

offesa limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte e, quindi, non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, non più in vita. La responsabilità civile ex articoli 2043 e ss c.c., ha come oggetto del risarcimento una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, perdita che, nel caso di morte immediata, non si verifica. Le Sezioni Unite nel 2008, con la celebre sentenza San Martino n. 26972, accolgono una soluzione compromissoria, negando, in ogni caso, la risarcibilità del danno tanatologico (morte immediata), ma ammettendo il risarcimento, in via ereditaria, del danno biologico terminale e del danno morale terminale (detto anche catastrofe o catastrofico). Quest'ultimo si verifica quando la morte sia contestuale o estremamente vicina al momento della lesione e consiste nella sofferenza psichica patita dalla vittima che sia rimasta in lucida agonia, in consapevole attesa della fine. Tale danno è risarcibile solo se la vittima abbia atteso lucidamente la fine della propria vita e non quando, per esempio, sia entrata in coma o non sia rimasta lucida nella fase che precede il decesso (cd. criterio dell'intensità della sofferenza patita). Il danno biologico terminale si verifica, invece, quando la morte interviene dopo un notevole lasso di tempo dalla lesione ed è risarcibile *iure hereditatis* solo se il soggetto sia rimasto in vita per un apprezzabile lasso di tempo (cd. criterio cronometrico)². Una seconda impostazione, portata avanti dalla sentenza 23 gennaio 2014, n. 1361 della Suprema Corte di Cassazione, per converso, ha ammesso la risarcibilità, *iure hereditatis*, del danno da perdita del bene della vita verificatisi immediatamente dopo le lesioni riportate in un incidente stradale, anche in caso di inconsapevolezza del danneggiato, area lasciata, invece, priva di tutela dalle Sezioni Unite del 2008. La recente pronuncia del 2014, innovando rispetto alla precedente giurisprudenza, ha stabilito che la perdita del bene della vita, oggetto di un diritto assoluto ed inviolabile, è *ex se* risarcibile, nella sua oggettività, a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia e si distingue sia dal danno biologico terminale che dal danno morale terminale. Vengono abbandonati, quindi, sia il criterio cronometrico che il criterio dell'intensità della sofferenza patita, per risarcire il danno da perdita della vita anche in caso di morte immediata o istantanea. La Corte afferma che è assurdo ritenere da un lato, il diritto alla vita come il primo fra tutti i diritti inviolabili dell'essere umano e dall'altro lato, escluderne la risarcibilità in favore del soggetto che abbia perso quel bene. La perdita del bene della vita,

quale bene supremo per l'uomo, non può rimanere priva di tutela sul piano civilistico. Secondo la Corte, il ristoro del danno da perdita della vita costituisce "realtà ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni-conseguenza", dal momento che la morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa, ma di tutto, ossia del bene per eccellenza che è la vita.

Tale soluzione, del resto, è coerente con la funzione compensativa (e non sanzionatoria) che ha il risarcimento del danno nel nostro ordinamento giuridico, dato che il credito spettante alla vittima accresce il suo patrimonio ereditario. Il danno da perdita della vita, dunque, è un danno-evento *in re ipsa*, unica eccezione, secondo tale pronuncia, rispetto al principio generale della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, eccezione fondata sulla tutela del bene supremo della vita, la cui quantificazione è rimessa alla valutazione equitativa del giudice. Solo dopo aver esposto le precedenti posizioni della giurisprudenza, si possono esaminare le conclusioni raggiunte dalla sentenza in commento, con la quale i giudici della Suprema Corte hanno voluto dare seguito al più risalente e costante orientamento che nega il risarcimento del danno tanatologico.

Innanzitutto, le Sezioni Unite ribadiscono la funzione non sanzionatoria o di deterrenza (che, altrimenti, porterebbe a risarcire anche il danno-evento e i danni cd. punitivi, i quali non hanno cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico), ma reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria) del risarcimento del danno da responsabilità civile, che non tende a punire il danneggiante, ma a riparare il pregiudizio subito dal danneggiato. La funzione sanzionatoria del risarcimento del danno poteva essere accettata nella vigenza del codice civile del 1865 (articolo 1151 c.c.), ma non può più essere condivisa con l'entrata in vigore del codice civile del 1942 e della riformulazione delle norme sul risarcimento del danno ex articoli 2043 e 2059 c.c.

Il perno del sistema della responsabilità civile è il danno ingiusto (e non più la condotta illecita), inteso come perdita del bene di cui è titolare la vittima del fatto illecito.

La perdita deve necessariamente essere rapportata ad un soggetto che sia legittimato a far valere il credito risarcitorio. Ma nel caso di morte immediata o a brevissima distanza dalla lesione, non esiste più un soggetto al quale rapportare la perdita e in grado di trasmettere agli eredi un credito risarcitorio, che non entra nel patrimonio della vittima, perché quest'ultima non è più in vita. Diceva Epicuro, "la morte non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi, non c'è la morte,

quando c'è la morte, non ci siamo più noi". Con la morte, viene meno la capacità giuridica ex articolo 1 c.c., che si acquista al momento della nascita, di guisa che il soggetto perde l'idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive. Come già affermato fin dalle Sezioni Unite n. 3475 del 1925 e dalla Corte Costituzionale n. 372 del 1994, non sono risarcibili *iure hereditatis* i danni da perdita del bene della vita, ma solo i danni da perdita del bene della salute nel periodo intercorrente tra le lesioni e la morte.

L'argomento portato avanti dall'orientamento contrapposto e favorevole al risarcimento del danno tanatologico, ossia il fatto che, ragionando in tal modo, proprio il bene supremo della vita sarebbe lasciato privo di tutela, non coglie nel segno, in quanto è prevista la tutela penale (con risarcimento del danno non patrimoniali ex articolo 185 c.p.) per la perdita del bene della vita e non quella risarcitoria, che non è imposta da nessuna norma costituzionale od ordinaria nel nostro ordinamento.

L'azione penale, infatti, rimane il presidio supremo dei beni giuridici personalissimi, che non potrebbero essere efficacemente protetti se non con un presidio forte quale quello repressivo penale. Inoltre, sottolinea il massimo collegio, resta fermo, in ogni caso, per i congiunti il risarcimento *iure proprio* da lesione del rapporto parentale in presenza di relazioni di tipo familiare con la vittima, di guisa che anche il risarcimento del danno tanatologico *iure hereditatis* sarebbe solo una duplicazione delle poste di danno per i congiunti. Risarcendo il danno tanatologico, in definitiva, non si risarcirebbe la vittima, che di quel risarcimento non può più giovare, ma si assicurerebbe solo un lucro agli eredi e allo Stato quale ultimo e necessario successore.

L'altro argomento addotto dalla dottrina, secondo il quale negando la risarcibilità del danno da perdita della vita e concedendolo solo nel caso di lesioni anche gravissime alla salute, sarebbe più conveniente uccidere che ferire, è solo suggestivo ma non è veritiero, in quanto non è dimostrato che l'esclusione del solo credito risarcitorio trasmissibile agli eredi comporti per l'autore dell'illecito conseguenze economiche meno onerose di quelle inferte in caso di lesioni personali. Infine, la pronuncia *de qua* critica il ragionamento sotteso alla sentenza n. 1361 del 2014, secondo cui il risarcimento del danno tanatologico sarebbe eccezione al principio generale della risarcibilità dei soli danni-conseguenza e la perdita sarebbe da anticipare al momento della lesione.

In primis, non esistono eccezioni al principio generale della risarcibilità dei soli danni-conseguenza

nel nostro sistema civile; la risarcibilità del danno tanatologico non sarebbe conciliabile con un sistema dove la responsabilità è legata ad una "perdita" da rapportare ad un soggetto. In secondo luogo, l'anticipazione della nascita del credito risarcitorio al momento della lesione porrebbe nel nulla la distinzione tra bene della vita e bene della salute, distinzione sulla quale concordano da sempre dottrina e giurisprudenza.

A nulla vale richiamare la coscienza sociale che ha difficoltà ad accettare l'irrisarcibilità di tale danno, che non è criterio legittimo per orientare l'attività dell'interprete del diritto positivo. Gli argomenti addotti dalla pronuncia in esame, però, non appaiono dirimenti e si limitano a ripercorrere quelli fino ad ora esposti da dottrina e giurisprudenza precedenti. La morte immediata in senso rigoroso non esiste, in quanto c'è sempre un sia pur piccolissimo lasso di tempo tra la lesione e la morte cerebrale, come affermato dalle stesse Sezioni Unite in esame. In tale spazio temporale, allora, deve essere risarcito il danno provocato al bene della salute, che deve essere tenuto distinto, come confermato dalla sentenza *de qua*, dal bene della vita. Le Sezioni Unite 2015, quindi, risultano contraddittorie nel momento in cui affermano da un lato che il bene della salute e il bene della vita sono beni diversi (eliminando la possibilità di risarcire il danno morale terminale delle Sezioni Unite del 2008) e dall'altro che in caso di morte immediata non può operare lo schema *iure successionis*. Per converso, proprio perché la salute e la vita sono beni distinti, dovrebbe operare il risarcimento *iure hereditatis* almeno quando ad essere lesa sia la salute. In sostanza, la sentenza finisce per equiparare i casi di morte immediata pura (che per la medicina legale, sono solo due: spapolamento del cervello e decapitazione) dove è lesa il bene della vita, a quelli di morte che sopraggiunge dopo un brevissimo lasso di tempo, che incidono sul diverso bene della salute "terminale", negando la premessa da cui era partita, ossia la diversità tra salute e vita. Inoltre, nessuno può dubitare sul fatto che la morte immediata comporti una lesione del bene della vita capace di provocare un "danno ingiusto", danno che colpisce il "diritto alla vita", tutelato dall'articolo 2 Cost. Se, poi, si leggono con attenzione gli articoli 2043 e 2059 c.c., ci si rende conto che il centro dell'attenzione è il danno e quindi, il soggetto obbligato ed il suo obbligo di risarcimento, venendo in secondo piano il soggetto destinatario di tale risarcimento, da ciò derivando che prima si deve risarcire e poi individuare chi è il beneficiario di quel risarcimento. Va osservato, inoltre, che se dalla morte immediata o che arrivi dopo un brevissimo lasso di tempo dalla lesione conseguano

anche danni alle cose, non si dubita del fatto che debba derivare un obbligo di risarcimento a carico del danneggiante per la lesione del diritto di proprietà della vittima, trasmissibile agli eredi. Di guisa che non si vede perché non debba, invece, essere risarcito il danno da perdita della vita che si verifica nello stesso momento in cui si verifica anche la lesione della proprietà e che *ab origine* risulta essere "senza titolare". Peraltro, esiste un altro caso nel nostro ordinamento giuridico in cui viene trasmesso agli eredi *iure hereditatis*, in caso di morte dell'interessato, un credito di cui non è mai stato titolare il diretto interessato, nemmeno per un brevissimo lasso temporale ed è il caso dell'articolo 2122, comma 3, c.c., secondo cui le indennità dovute dal datore di lavoro al lavoratore per la cessazione del rapporto di lavoro senza preavviso spettano agli eredi secondo le regole della successione legittima. Questo è un esempio di diritto di credito trasmesso agli eredi *iure hereditatis*, anche se il *de cuius* non ne ha mai potuto godere, come sarebbe lo schema del risarcimento del danno tanatologico. La tesi della irrisarcibilità del danno tanatologico, seppur fondata su ragionamenti logico-giuridici di tutto rispetto, rischia di condurre a risultati illogici, se portata alle estreme conseguenze. L'illogicità deriva dal fatto che si nega un diritto al risarcimento di un danno che, invece, è tutelato dall'ordinamento (articolo 2 Cost., articolo 2 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo). In conclusione, le Sezioni Unite n. 15350/2015, pur con uno sforzo apprezzabile, non sono state in grado di eliminare del tutto l'idea della possibilità del risarcimento del danno tanatologico *ex se*, come affermato, invece, dalla sentenza nomofilattica n. 1361/2014, pur escludendo in toto la risarcibilità di un danno tanatologico alla stregua di danno morale terminale delle Sezioni Unite del 2008.

.....
 1 Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3297.
 2 La dottrina ha posto in evidenza l'incertezza di far dipendere il danno dal tempo trascorso e la difficoltà di cronometrare il tempo necessario a far sì che la permanenza in vita della vittima dell'illecito consenta il consolidarsi in capo al medesimo delle pretese risarcitorie trasmissibili agli eredi. Si è sottolineata l'irragionevolezza di un risarcimento inversamente proporzionale alla gravità del danno, in quanto il soggetto che riporta danni così gravi da finire in coma o morire rapidamente ha diritto ad un risarcimento inferiore al soggetto che rimane lucido e muore dopo qualche tempo.

BIBLIOGRAFIA
 www.altalex.com
 www.dirittocivilecontemporaneo.com
 www.diritto.it
 Santise M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giappichelli Editore, Torino, 2014.
 Santise M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giappichelli Editore, Torino, aggiornamento 2015.

Dottrina

Barbara Barbato

Il tempo-tuta e la sua retribuità

La giurisprudenza e gli operatori del diritto del lavoro devono spesso confrontarsi con la tematica del cd. tempo tuta, ossia con il tempo necessario impiegato dal lavoratore subordinato per indossare e togliere la divisa o gli abiti da lavoro. Molto dibattuta, infatti, è la questione se tali operazioni debbano rientrare nel tempo di lavoro e, quindi, debbano essere regolarmente retribuite. Non si può affrontare tale tematica se non chiarendo cosa si intende per "lavoro effettivo" e per "orario di lavoro". Originariamente, l'articolo 1 del r.d.l. n. 692/1923 stabiliva che la durata massima normale della giornata lavorativa non poteva eccedere le 8 ore giornaliere o le 48 ore settimanali di "lavoro effettivo". Il successivo articolo 3 del r.d.l. cit. definiva, poi, il "lavoro effettivo" come "ogni lavoro che richieda un'applicazione assidua e continuativa". La suddetta nozione di "lavoro effettivo" consentiva di escludere dal rispetto dei limiti massimi di lavoro giornaliero e settimanale, quel tipo di lavoro che, invece, si caratterizzava per essere "discontinuo o di semplice attesa o custodia" (cit. articolo 3). Le diverse tipologie di occupazioni che, per la loro natura, non richiedevano un'applicazione continua di energie lavorative e che erano caratterizzate da lunghe pause, oppure erano di mera vigilanza o poco gravose perché diluite nel tempo, furono oggetto di una classificazione tassativa nel r.d. n. 2657/1923. La nozione di "lavoro effettivo" inteso come tempo in cui effettivamente il lavoratore impiega le sue energie lavorative, consentiva di escludere dall'orario di lavoro normale anche i riposi intermedi, il tempo necessario per recarsi sul posto di lavoro e le soste di lavoro non inferiori a 10 minuti e complessivamente non superiori a 2 ore comprese tra l'inizio e la fine di ogni periodo della giornata lavorativa e durante le quali il datore di lavoro non richiede alcuna prestazione, come fu meglio chiarito nell'articolo 5 del successivo regolamento di esecuzione, r.d. n. 1955/1923. Nell'ambito di tale contesto legislativo, la giurisprudenza di legittimità, con interpretazione restrittiva del dato normativo, era solita commisurare l'orario di lavoro, solo e soltanto ai periodi di effettiva erogazione di energie da parte del dipendente. Di conseguenza, il tempo necessario ad indossare gli abiti da lavoro, non costituendo già prestazione di lavoro effettivo, ma semplice attività preparatoria o accessoria, era esclusa dal tempo di lavoro (Cass. 22 aprile 1992, n. 4824). Successivamente, a poco a poco, a partire dagli anni novanta, si è delineata una lettura

più permissiva, con delle sostanziali aperture della giurisprudenza di merito a ricomprendere nel lavoro effettivo "ogni periodo, anche di mera attesa, in cui il lavoratore sia tenuto a rimanere a disposizione del datore di lavoro".

Tale evoluzione giurisprudenziale si è verificata in concomitanza con la direttiva n. 1993/104/CE finalizzata ad introdurre principi fondamentali ed uniformi in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro.

Secondo l'articolo 2, n. 1, direttiva n. 93/104, si intende per "orario di lavoro", computabile, dunque, nei limiti di durata massima della giornata lavorativa "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali". È evidente che per il legislatore comunitario il limite massimo di durata della giornata lavorativa deve comprendere non solo il tempo in cui il lavoratore esegue materialmente la sua prestazione lavorativa, ma, più in generale, tutto il tempo in cui il medesimo si trova a disposizione del datore di lavoro e, quindi non è "padrone" del suo tempo. Questa direttiva comunitaria è rimasta per lungo tempo inattuata nel nostro ordinamento giuridico; infatti, l'Italia è stata destinataria di alcune condanne da parte della Corte di Giustizia Europea. Dopo alcuni interventi puntiformi del legislatore nazionale, che è intervenuto solo su alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, come ad esempio, la legge n. 196/1997 che ha ridotto la durata massima della settimana lavorativa a 40 ore, o il d.l. n. 335/1998 conv. in legge n. 409/1998 in materia di lavoro straordinario, finalmente, la completa revisione della disciplina dell'organizzazione del lavoro, alla luce della direttiva 1993/104/CE è avvenuta con il d.lgs. n. 66/2003. Questo intervento legislativo recepisce, tra l'altro, pedissequamente la definizione comunitaria di orario di lavoro, che viene definito (articolo 1) come "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni". I primi commenti dottrinari rilevarono che alcuna novità aveva apportato la definizione di "orario di lavoro" contenuta nell'articolo 1 del d.lgs. n. 66/2003 rispetto a quella di lavoro effettivo contenuta nella precedente e datata normativa, in quanto ritennero che il riferimento, pur innovativo alla circostanza che nell'orario di lavoro dovesse essere contenuto il periodo di tempo in cui il lavoratore fosse "a disposizione del datore di lavoro" dovesse essere letto congiuntamente all'altro requisito, ossia allo "esercizio della sua attività o delle sue funzio-

ni". Insomma, ancora una volta, avrebbe contato solamente il periodo in cui il lavoratore era intento nell'esercizio delle sue attività o funzioni. Successivamente, è intervenuto lo stesso Ministero del Lavoro, con la circolare n. 8 del 3 marzo 2005, precisando che la definizione di cui all'articolo 1 del d.lgs. n. 66/2003 sia in realtà profondamente diversa rispetto al concetto di lavoro effettivo e, quindi, debbano ricomprendersi nell'orario di lavoro anche quei periodi in cui il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro, anche se materialmente non sta lavorando. In base a tale definizione, rientrano, dunque, nel tempo di lavoro, tutte quelle prestazioni lavorative o operazioni accessorie e preparatorie del lavoratore che sono caratterizzate dalla eterodirezione e dalla regolamentazione da parte del datore di lavoro. Rientra nel tempo di lavoro, più precisamente, tutto quel tempo trascorso dal lavoratore sotto la soggezione al potere direttivo, di controllo ed eventualmente sanzionatorio del datore di lavoro. La nuova concezione di "tempo di lavoro" introdotta dal d.lgs. n. 66/2003, infatti, mette in evidenza non tanto e non solo l'attività lavorativa in senso stretto svolta dal lavoratore, ma la quantità di tempo che quest'ultimo mette a disposizione del datore e, quindi, la quantità di tempo libero di cui il lavoratore perde la propria disponibilità. Ne viene di conseguenza, per quanto concerne la questione del tempo necessario alla vestizione degli abiti di lavoro, che non è possibile, a priori, farlo rientrare o meno, all'interno dell'orario di lavoro. È, piuttosto, necessario compiere un'indagine caso per caso, finalizzata ad individuare una serie di indici che consentano di capire se tale operazione, svolta dal lavoratore prima di cominciare la vera e propria prestazione contrattualmente pattuita, sia eterodiretta o meno. Molto chiaramente la Corte di Cassazione, sentenza 21 ottobre 2003, n. 15734, ha affermato sul punto: "Ai fini di valutare se il tempo occorrente per indossare la divisa aziendale debba essere retribuito o meno, occorre far riferimento alla disciplina contrattuale specifica: in particolare, ove sia data facoltà al lavoratore di scegliere il tempo e il luogo ove indossare la divisa stessa (anche presso la propria abitazione, prima di recarsi al lavoro), la relativa attività fa parte degli atti di diligenza preparatoria allo svolgimento dell'attività lavorativa, e come tale non deve essere retribuita, mentre se tale operazione è diretta dal datore di lavoro, che ne disciplina il tempo ed il luogo di esecuzione, rientra nel lavoro effettivo e di conseguenza il tempo ad essa necessario deve essere retribuito". Un primo indizio rilevante, quindi, può essere individuato nell'obbligo in capo al lavoratore subordinato di indossare la divisa all'interno del luogo di lavoro.

Più esattamente, la predisposizione da parte del datore di lavoro di appositi spogliatoi ove indossare (e togliere) la divisa obbligatoria, fornisce sicuramente una conferma in merito all'assoggettamento da parte del dipendente ai poteri datoriali e, conseguentemente, tale tempo va computato nell'orario di lavoro e deve essere retribuito. A maggior ragione ciò vale nell'ipotesi in cui il datore di lavoro stabilisce tempi esatti entro i quali i lavoratori devono ultimare le operazioni di vestizione e svestizione, con apposita installazione di tornelli (Cass. civ., Sez. lavoro, 13 aprile 2015, n. 7396: "Rientra nell'orario di lavoro, con conseguente diritto alla retribuzione aggiuntiva, il tempo impiegato dal dipendente per la vestizione e la svestizione degli indumenti da lavoro (cd. tempo-tuta), operazioni da effettuarsi all'interno dei locali aziendali ed entro i tempi prescritti dal datore di lavoro (delimitati dal passaggio nel tornello e successiva marcatura dell'orologio) secondo uno schema obbligatorio, privo di spazi di discrezionalità per il dipendente e sanzionabile in via disciplinare"). In conclusione, tale criterio interpretativo, che mira ad affermare che l'orario di lavoro inizi nel momento in cui il lavoratore comincia ad essere sottoposto al potere direttivo datoriale, perdendo, così, la disponibilità del proprio tempo, consente di imputare al datore di lavoro l'obbligo della controprestazione (pagamento della retribuzione) solo ed esclusivamente per periodi di lavoro in cui il lavoratore - sia o meno impegnato nell'esecuzione della sua prestazione principale - si trova, comunque, sotto il suo controllo e sotto il suo potere direttivo. In altre parole, se la prestazione del lavoratore è disimpegnata a seguito di una precisa direttiva aziendale, allora sorgerà un conseguente obbligo retributivo in capo al datore di lavoro. Invece, se il lavoratore pone in essere una semplice attività accessoria e secondaria, sebbene rientrante nell'ambito contrattuale, ma di fatto gestibile da parte del medesimo lavoratore e rientrante nella sua totale disponibilità, verrà coerentemente meno anche la computabilità di dette attività nell'orario effettivo e, quindi, dell'obbligo retributivo da parte del datore di lavoro.

Carmela Bonaduce

Il caso Grande Stevens e il divieto di *bis in idem* in materia di abusi di mercato

Con l'espressione "abusi di mercato" il legislatore comunitario indica, principalmente, due figure di illecito: l'abuso di informazioni privilegiate (cd. *insider trading*) e la manipolazione del mercato. Alla base del divieto di tenere le condotte descritte

te dalle richiamate fattispecie vi è l'obiettivo, dichiarato dal legislatore comunitario, di assicurare l'integrità dei mercati finanziari, così da accrescere la fiducia degli investitori nei mercati stessi (considerando n. 12 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2003/6/CE). La citata direttiva costituisce la fonte principale della disciplina degli abusi di mercato ed è stata recepita nel nostro ordinamento con la legge comunitaria n. 62/2005, la quale ha innovato la previgente normativa contenuta nel d.lgs. n. 58/1998, recante il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (in seguito, indicato anche T.U.F.).

Una delle peculiarità della materia in esame è costituita dal fatto che agli illeciti *de quibus* è riconosciuta una doppia rilevanza: essi, infatti, sono sanzionati sia sul piano amministrativo che su quello penale. E ciò in quanto la direttiva n. 2003/6/CE espressamente sancisce che, «fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva», in tal modo individuando nella sanzione amministrativa il rimedio "principale" contro gli abusi di mercato e nella risposta penale un rimedio meramente eventuale, rimesso alla volontà del legislatore dei singoli Stati membri.

Ciò ha comportato, sul piano applicativo, non poche difficoltà, attesa la pressoché totale coincidenza - sul piano oggettivo - tra la fattispecie penale e quella amministrativa di abuso di informazioni privilegiate (rispettivamente previste dall'articolo 184 e dall'articolo 187 *bis* T.U.F.), così come, analogamente, tra l'illecito penale di manipolazione di mercato ed il corrispondente illecito amministrativo (sanzionati dall'articolo 185 e dall'articolo 187 *ter* T.U.F.). Sull'argomento è intervenuta una importante decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, chiamata a pronunciarsi sulla possibile violazione - da parte della normativa italiana in tale materia - del divieto di *bis in idem* in virtù del quale non si può essere giudicati né tantomeno puniti due volte per un medesimo fatto.

Il caso da cui ha tratto origine la sentenza del 4 marzo 2014 della Seconda Sezione della CEDU è noto come "Grande Stevens e altri c. Italia". La domanda principale che è stata rivolta alla Corte di Strasburgo è se, essendo stato Grande Stevens già condannato e sanzionato dalla Consob (con decisione confermata sia dalla Corte d'Appello di

Torino che dalla Corte di Cassazione) per l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato ex articolo 187 *ter* T.U.F., fosse legittima la sottoposizione a procedimento penale per i medesimi fatti integranti, altresì, il reato di manipolazione del mercato previsto e punito dall'articolo 185 T.U.F. Preliminarmente, per meglio comprendere i termini della problematica, appare necessario tracciare - almeno sommariamente - i confini tra le richiamate fattispecie, le quali presentano alcuni importanti elementi distintivi: a) l'articolo 187 *ter* T.U.F. dà rilievo alla diffusione di informazioni, voci o notizie, comprendendo, quindi, anche valutazioni soggettive, come stime e previsioni, nonché i cc.dd. *rumors*, mentre il delitto di cui all'articolo 185 T.U.F. è circoscritto alla diffusione di notizie, per il che si intende solitamente l'affermazione di un fatto, escludendo opinioni e apprezzamenti; b) mentre per la configurazione dell'illecito amministrativo non è richiesto che le notizie false o gli altri artifici impiegati siano concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzi degli strumenti finanziari, elemento costitutivo del delitto di manipolazione del mercato è l'idoneità delle condotte vietate a provocare una sensibile alterazione dei corsi di mercato; c) infine, le due fattispecie differiscono sul piano dell'elemento soggettivo, atteso che per commettere l'illecito amministrativo è sufficiente la colpa, mentre per la commissione del delitto è richiesto il dolo. Ciò posto, torniamo al problema del rapporto tra "doppio binario" sanzionatorio e divieto di *bis in idem* concentrando, in particolare, l'attenzione, su quanto asserito dalla Corte Europea. Il punto di partenza del ragionamento seguito dai giudici europei è la qualificazione delle sanzioni amministrative previste dall'articolo 187 *ter* T.U.F. come «accuse penali». In più occasioni, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di evidenziare la tendenza degli Stati membri a dar luogo ad una sorta di "truffa delle etichette", qualificando formalmente come amministrative delle sanzioni che, nella sostanza, sono da considerarsi penali: in particolare, nella sentenza "Grande Stevens e altri c. Italia", la Corte rammenta la sua costante giurisprudenza ("Engel e altri c. Paesi Bassi", 8 giugno 1976), in base alla quale, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri: 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) la natura e il grado di severità della «sanzione». Questi criteri sono, peraltro, definiti come alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale», è sufficiente che l'illecito in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, o

abbia esposto l'interessato a una sanzione che, "per natura e livello di gravità", rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». La ragione sostanzialistica, alla base anche degli orientamenti dominanti rinvenibili nella oramai ampia produzione giurisprudenziale europea sviluppata con riguardo alla riconduzione di una determinata figura normativa-sanzionatoria nella *matière pénale*, è individuata, fondamentalmente, nel "grado di severità" dell'impianto sanzionatorio (c'è chi parla di tono di afflittività della sanzione). Sulla base di tali presupposti, la Corte qualifica le sanzioni ex articolo 187 *ter* T.U.F. come penali. Da questa premessa discende la necessità di esaminare la possibile violazione del divieto di *ne bis in idem*, argomento cui le motivazioni della decisione dedicano diverse pagine. Come anticipato, la contestazione riguarda il fatto che gli articoli 187 *ter* e 185 T.U.F. sanzionerebbero due volte le stesse condotte. Sul punto, il Governo italiano sostiene che non vi sarebbe violazione del *ne bis in idem* per diverse ragioni. Innanzitutto, esso ritiene che le sanzioni irrogate dalla Consob avrebbero natura amministrativa e non penale, ed afferma che l'applicazione della doppia sanzione sarebbe espressamente autorizzata dal legislatore europeo. In secondo luogo, a parere del nostro Governo, gli articoli 187 *ter* e 185 T.U.F. non sanzionerebbero la medesima infrazione, in quanto, nel secondo caso, a differenza che nel primo, è richiesto il dolo e la mera negligenza non è sufficiente, è necessario che l'informazione scorretta sia concretamente in grado di provocare una alterazione significativa dei corsi di mercato e, infine, solo il delitto prevede pene limitative della libertà personale.

La Corte Europea, improntata, dal canto suo, ad un principio sostanzialista, non concorda con la difesa articolata dal Governo italiano. Rispetto al primo argomento, essa ritiene, infatti, che tanto le sanzioni amministrative quanto quelle penali rientrino nel campo di applicazione del *ne bis in idem*. In secondo luogo, ritiene che la circostanza che gli elementi costitutivi delle due violazioni differiscano sia irrilevante ai fini dell'articolo 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo il quale, sancisce, appunto, il diritto di non essere giudicati o puniti due volte: ciò che conta è esclusivamente che entrambe le fattispecie puniscano le stesse condotte. E, su questo punto specifico, la Corte di Strasburgo ritiene che le condotte contestate da Consob e magistratura penale siano le stesse.

Per tali ragioni, l'impianto sanzionatorio previsto dal Testo Unico della Finanza in materia di abusi di mercato è stato giudicato contrario al principio del *ne bis in idem*.

Immediatamente dopo la pubblicazione di tale pronuncia, si è registrato l'intervento del legislatore comunitario volto a risolvere il problema creato dal sistema sanzionatorio del "doppio binario" adottato in diversi Stati membri, mediante la individuazione di uno standard di armonizzazione penale minima in tema di abusi di mercato. Sono stati, così, emanati il Regolamento n. 596/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio (abrogativo della Direttiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio) e la Direttiva n. 2014/57/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato. Per quanto riguarda la tematica affrontata nel presente articolo, questi provvedimenti comunitari - da recepire entro il prossimo luglio - prevedono di realizzare una inversione nel sistema sanzionatorio: mentre la Direttiva 2003/6/CE individuava quale sanzione "principale" quella amministrativa, facendo salva la facoltà per gli Stati membri in sede di attuazione di prevedere anche sanzioni penali, nel quadro normativo attuale e futuro la sanzione penale assurge a pena principale. La Direttiva n. 2014/57/UE, infatti, al considerando n. 8, dichiara che l'introduzione, da parte degli Stati membri, di sanzioni penali almeno per i reati gravi di abusi di mercato è «essenziale» per garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione in materia, mentre il considerando n. 72 del Regolamento n. 596/2014 statuisce che gli Stati membri, «oltre a sanzioni penali, possono prevedere altresì delle sanzioni amministrative per le stesse infrazioni».

Dalla lettura congiunta di queste indicazioni emerge una prospettiva rovesciata rispetto al passato: obbligo di sanzioni penali, facoltà di sanzioni amministrative.

Adriano Giallauria

Il diritto all'oblio: nuovo strumento a tutela della privacy

Da sempre, nel mondo sociale l'integrità morale, legata al proprio status e ai propri trascorsi, ha avuto una ragguardevole influenza nei rapporti tra i consociati.

In un mondo che si spinge oltre, che non conosce ostacoli, ove tutto è alla portata di tutti, la propria privacy risulta minacciata da un pericolo di diffusione, insito negli strumenti di informazione, di un uso indebito della notizia, che si spinge oltre il diritto di cronaca stesso ovvero diritto all'informazione, per una durata di tempo posteriore "non" ragionevole dall'acquisizione come notizia dei fatti. Il perdurare della notizia nel

tempo, con accanimento verso il soggetto agente del fatto di cronaca, lede *ob torto collo* un sacro principio costituzionale sancito all'articolo 2 Cost., il quale recita che: "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

L'articolo 2 Cost., esprime in via autoritaria la tutela della personalità, e l'integrità di quest'ultima, del singolo individuo all'interno della società nella quale esso si determina.

Un primo riconoscimento del diritto della persona, contro le ingerenze del popolo dell'informazione nella diffusione delle notizie, si è avuto nei primi anni cinquanta in Italia, mentre in paesi come Francia e Stati Uniti il dibattito relativo alla esistenza del diritto alla integrità della persona, con specifico riferimento alla riservatezza ovvero privacy, si è avviato già dai primi del novecento.

Il fondamento codicistico, nell'ordinamento italiano, si rinviene nell'articolo 10 c.c., il quale rubricato: "abuso dell'immagine altrui", dispone che: "qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblica fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni". È pacifico osservare come il principio normativo su esposto si qualifichi come tutela della personalità, quale espressione del soggetto del proprio essere all'interno della società.

Discusso è, invece, se l'articolo 10 del codice civile, sia una tutela indiretta del diritto alla riservatezza, dell'onore e della reputazione, ovvero costituisca un autonomo diritto della personalità. Le soluzioni dogmatiche, a riguardo, potrebbero essere innumerevoli, e tuttavia antinomiche, lasciando libero campo interpretativo.

A riguardo, benché non esista uno studio unitario sui diritti ricollegati alla sfera della personalità, risultano due teorie, una cd. atomista (o pluralista), e l'altra monista.

Secondo la teoria pluralista, il fondamento della tutela dei diritti collegati alla personalità, è attivo soltanto ove queste siano previste e protette da norme di legge. Ad avvalorare la tesi pluralista vi è la Corte di Cassazione che, con la sentenza 22 giugno 1985 n. 3769, ha inciso il principio secondo il quale l'identità personale, come diritto alla personalità, può essere leso da un'attività illegittima nell'uso dell'immagine altrui. Ad *adiuvandum*, sempre la Corte di Cassazione, sez. III del 27 mag-

gio 1975, n. 2129, espressamente recita che: "Il diritto alla riservatezza, oltre a trovare fondamento in diverse norme del nostro ordinamento e ad essere in armonia con i vari principi costituzionali, è riconosciuto espressamente da alcuni atti internazionali, tra i quali la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848, il cui articolo 8 par. 1 prevede che, "ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza" ed il cui articolo 10 par. 2 consente di limitare la libertà di espressione del pensiero per proteggere "la reputazione o i diritti altrui" o per impedire "la divulgazione di informazioni confidenziali". Di converso, l'altra teoria cd. monista, ritiene che la tutela della personalità del singolo individuo è caratterizzata da un'idea unitaria del soggetto consociato, di talché, si realizza in capo ad esso un unico e complessivo diritto alla personalità, che trova larga tutela all'articolo 2 della Costituzione.

Gli interventi giurisprudenziali e dottrinali ivi esposti, assurgono a linea guida nella valutazione del principio della personalità, corroborato da altri principi, anche di livello comunitario, che hanno spinto ad oggi il dibattito della tutela e della sua qualificazione nell'era informatica delle telecomunicazioni, al fine di delineare la linea di demarcazione tra l'uso di cronaca della notizia e del nome e l'uso indebito delle stesse nel tempo. La Corte di Cassazione ha sancito, con la sentenza 7 febbraio 1996, n. 978, il diritto alla personalità. La sentenza ha statuito che: "esiste un diritto alla identità personale quale interesse giuridicamente protetto a non vedere alterato o travisato, all'esterno, il proprio patrimonio intellettuale, etico, sociale. E tale diritto, - concettualmente distinto dai collaterali diritti all'immagine, ai segni distintivi, alla reputazione ed alla riservatezza (tutti peraltro confluenti nel valore unitario della persona) - trova il suo diretto fondamento nell'articolo 2 della Costituzione ed il proprio apparato di tutela nelle disposizioni codicistiche (articoli 6, 7, 10) e sul diritto di autore, applicabili (pure esse) in via diretta, e non analogica, in virtù della interpretazione adeguatrice di detta normativa al precetto costituzionale.

Il bilanciamento tra i valori, di pari rango costituzionale, sottesi al diritto alla identità personale ed al diritto di cronaca (ad esso antagonista), si risolve con la prevalenza del secondo sul primo solo nella ricorrenza della triplice condizione della utilità sociale della notizia, della verità dei fatti divulgati e della forma civile della loro esposizione e valutazione". La giurisprudenza nomofilatti-

ca ha chiarito che l'identità personale è preservata e garantita, solo e se sono presenti la condizione della utilità sociale della divulgazione della notizia, la verità sugli eventi accaduti, e la forma "civile" della loro esposizione e valutazione. L'esistenza di questi tre parametri tutelano sia il soggetto agente del fatto oggetto di cronaca, che il diritto all'informazione di cui all'articolo 21 della Costituzione.

Il cammino ermeneutico atto a qualificare l'utilità della divulgazione di un fatto sociale accaduto e ricollegato ad un soggetto preciso, e che la stessa trasmissione non leda l'integrità dell'identità etica e morale della persona, e congiuntamente la privacy del soggetto interessato, non è terminato. Invero, si ritiene che, il soggetto deputato alla qualificazione della lesione e dell'elemento eziologico di collegamento tra fatto e danno, sia il giudice, il quale, oltre a valutarne gli aspetti qualitativi, sviscerando il fatto concreto, deve applicare i principi e la norma di tutela caso per caso. Si è giunti, quindi, ad attribuire al giudice il potere di definire i tratti interpretativi del diritto alla tutela della propria reputazione all'interno di uno stato ultramoderno. La riservatezza dei dati personali sensibili è stata oggetto di recenti interventi legislativi.

Il diritto alla privacy, è stato introdotto con il d.lgs. 196/2003 attuativo del "codice di protezione dei dati personali", il quale ha normato il principio della riservatezza, definendolo quale diritto personale di autodeterminazione per la scelta della divulgazione dei dati sensibili. Il codice di protezione dei dati personali ha introdotto specifiche misure di protezione e sicurezza da applicare a chi fa uso di dati personali sensibili di soggetti esterni, riconoscendo in seno al soggetto titolare azioni di tutela avverso l'uso improprio. Il codice prevede il diritto di accedere ai propri dati personali, richiedendo a chi detiene i dati, le modalità di trattamento e l'uso prefissato; il diritto all'aggiornamento, alla rettifica e alla cancellazione dei dati personali da banche dati; il diritto di opposizione all'uso e alla trasmissione dei dati sensibili per fini commerciali e di marketing. Ebbene, ad oggi, a riguardo, il cammino sembra ostico e non privo di fratture interpretative sul riconoscimento del diritto all'oblio riservato alla divulgazione dei dati personali.

Il d.lgs. 196/2003 ha inteso circoscrivere gli interventi degli operatori di informazione, nella divulgazione dei nomi dei soggetti indagati o sottoposti a procedimenti giudiziari ovvero persone informate dei fatti o testimoni. Sul punto, è intervenuta la Corte di Cassazione civile, sez. III, con la sentenza 26.06.2013 n. 16111, statuendo che: "in tema di diffamazione a mezzo stampa, il diritto

del soggetto a pretendere che proprie, passate vicende personali non siano pubblicamente rievocate (nella specie, il cd. diritto all'oblio era invocato in relazione ad un'antica militanza in bande terroristiche) trova limite nel diritto di cronaca solo quando sussista un interesse effettivo ed attuale alla loro diffusione, nel senso che quanto recentemente accaduto (nella specie, il ritrovamento di un arsenale di armi nella zona di residenza dell'ex terrorista) trovi diretto collegamento con quelle vicende stesse e ne rinnovi l'attualità, diversamente risolvendosi il pubblico ed improprio collegamento tra le due informazioni in un'illecita lesione del diritto alla riservatezza". Dal principio giurisprudenziale ivi esposto, si ricava con estrema chiarezza che il collegamento tra la notizia e la sua divulgazione sta nella sua attualità ovvero nell'interesse attuale del fatto accaduto nel sistema sociale, e che in mancanza di questo presupposto la divulgazione di fatti di cronaca. Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella decisione del 13 maggio 2015, C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos, Mario. Attraverso la suddetta decisione, la Corte di Giustizia riconosce il diritto all'oblio (*right to be forgotten* = diritto ad essere dimenticati), al soggetto menzionato nel fatto di cronaca, e collegato alla ricerca all'interno dei motori di ricerca del nome di quest'ultimo, ove lo stesso soggetto e il tenore della notizia di cronaca non abbia rilievo nazionale. Il punto nevralgico della questione è quello di capire se è diritto o meno del soggetto a non essere più ricollegato alla notizia infamante ovvero alla notizia di cronaca che disonora il suo nome.

A parere della Corte di Giustizia, devono essere riconosciuti al soggetto i diritti fondamentali di cui agli articoli 7 e 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea andando a limitare il diritto di cronaca concesso alla stampa e l'attività del gestore del motore di ricerca, tranne nel caso in cui, la persona, oggetto della notizia di cronaca pubblicizzata attraverso i risultati del motore di ricerca, abbia risonanza sociale ovvero sia una persona di rilievo nel panorama dell'interesse pubblico alla cronaca e all'informazione. Dello stesso avviso, vi è stata la sentenza del Tribunale di Roma del 3 dicembre 2015.

Tale sentenza, ricalca il principio che sta alla base della decisione della Corte di Giustizia, riconoscendo il diritto all'oblio come *longa manus* del diritto alla privacy di cui al d.lgs. 196/2003, ma che lo stesso, non ha ragion d'essere di fronte a notizie di rilievo nazionale e al correlato diritto di cronaca e informazione. Alla luce di quanto pocanzi esposto, il meccanismo del diritto alla

privacy, va valutato e confrontato alla stregua del diritto di cronaca e del diritto alla integrità del patrimonio etico e sociale. L'interprete deve agire cercando di mantenere un equilibrio tra il diritto alla riservatezza, la divulgazione dei dati personali, e la correlativa diffusione del fatto di cronaca come mezzo di informazione collettiva, tutelando finché è possibile, attraverso tutte le cautele del caso, l'integrità fisica e morale del soggetto.

Angelo Mondelli e Annarita Di Leo

La responsabilità professionale dell'infermiere

L'infermiere è il professionista sanitario responsabile dell'assistenza infermieristica secondo quanto disposto dal capo I° articolo 1 del Codice deontologico degli infermieri del 2009. La professione infermieristica per molti anni è stata vista come una professione ausiliaria e subordinata ad un'altra professione quella medica senza comprendere quale fosse il proprio agire professionale. Ma cosa definisce l'infermieristica il *to care* o il *to cure*?¹. Il modello sanitario tradizionale tende a ridurre l'azione sanitaria alla cura finalizzata alla guarigione il *to cure*, mentre il riconoscimento del malato nella sua globalità, costituisce il fondamento di un approccio assistenziale che non si propone semplicemente di curare la malattia ma piuttosto di prendersi cura del malato, il cosiddetto *to care*. Quest'ultimo rappresenta il principio essenziale dell'assistenza infermieristica². Il D.M. n. 739 del 14 settembre 1994 definisce il profilo professionale dell'infermiere, identificando l'infermiere quale "responsabile diretto dell'erogazione dell'assistenza", definendo in tal modo l'autonomia diretta dello stesso. Tale decreto precisa gli ambiti operativi, le metodologie di lavoro, gli ambiti professionali di approfondimento culturale e operativo e le cinque aree della formazione specialistica (sanità pubblica, area pediatrica, salute mentale/psichiatria, geriatria, area critica)³. Con la legge n. 42/99 si ha il pieno riconoscimento, sia giuridico che formale, dell'attività infermieristica. Tale legge, oltre ad aver abolito la metodologia di lavoro per mansioni, precedentemente prevista dal cd. "mansionario", in favore di quella per obiettivi dell'assistenza, ha eliminato la denominazione di professione sanitaria ausiliaria, in favore dell'attuale ovvero "Professione Sanitaria di Infermiere".

La previsione normativa di cui alla legge n. 251/2000 ribadiva l'autonomia e riconosceva la responsabilità diretta dell'infermiere, istituendo la dirigenza infermieristica e la laurea magistrale, stabilendo inoltre che gli infermieri in possesso di

titoli di studi rilasciati con precedenti ordinamenti possono accedere alla laurea di secondo livello in Scienze Infermieristiche ed Ostetriche. Un ulteriore requisito obbligatorio per l'esercizio della professione infermieristica, oltre al conseguimento del titolo universitario, veniva previsto dalla legge n. 43 del 2006, la quale prevedeva l'iscrizione all'albo professionale sia per i professionisti privati che per i pubblici dipendenti, istituendo inoltre l'obbligo di formazione continua nelle stesse modalità dei medici attraverso i corsi ECM. La suddetta legge suddivise i professionisti in: professionista laureato, professionista specialista avente conseguito un master, professionista coordinatore avente il master in coordinamento e tre anni di esperienza lavorativa, professionista dirigente avente la laurea specialistica/magistrale e cinque anni come dipendente.

Questo sviluppo della professione ha portato ad una maggiore autonomia professionale passando da mero esecutore a responsabile delle attività svolte. La responsabilità dell'infermiere consiste nell'assistere, nel curare e nel prendersi cura della persona nel rispetto della vita, della salute, della libertà e della dignità dell'individuo come previsto dal Capo I° articolo 3 del Codice deontologico degli infermieri del 2009. Il codice in questione rappresenta ad oggi una vera e propria raccolta di norme di diritto da seguire, rappresentando una fonte extra giuridica. Anche la costituzione italiana all'articolo 28 recita che "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti". Tale assunto rappresenta la pietra miliare della responsabilità dell'agire professionale. Le competenze infermieristiche e le responsabilità correlate al proprio agire professionale, si fondano sulle seguenti attività, regole e principi da seguire: formazione di base, il profilo professionale, il codice deontologico e formazione continua.

La formazione di base permette di acquisire il titolo e l'abilitazione all'esercizio professionale con l'iscrizione al Collegio professionale il quale è un dovere del professionista. Il codice deontologico rappresenta un elemento qualificante poiché opera una sistemazione deontologica enunciando i comportamenti attesi dal professionista infermiere.

La formazione continua permette di adeguare e accrescere il bagaglio di conoscenze del professionista sviluppando le abilità scientifiche tecnologiche e sociali. Ma cosa significa per il professionista infermiere la responsabilità? Secondo D. Rodriguez⁴ nel termine responsabilità vi è un duplice significato: essere chiamati a rispondere

alle autorità per una condotta professionale riprovevole e mantenere un comportamento congruo e corretto, assumersi la responsabilità che l'esercizio professionale comporta. Essere responsabili significa rispettare i principi etici condivisi e scientifici delle attività proprie nel rispetto delle norme penali civili e amministrative vigenti. Il professionista infermiere, pertanto, sceglie in autonomia assumendosi quindi la responsabilità delle proprie scelte. Le tipologie di responsabilità a cui vanno incontro i professionisti infermieri possono essere suddivisi come segue:

- Responsabilità in ambito penale, caratterizzata dall'imputazione ad un soggetto di un fatto costituente reato con secondaria applicazione di una sanzione criminale. Sia per disposizione costituzionale secondo quanto previsto dall'articolo 27 della Costituzione il quale sancisce che "la responsabilità penale è personale". In tal modo il sanitario che esercita la professione di infermiere, nell'ambito delle attribuzioni specifiche a lui devolute per profilo d'impiego, risponde penalmente degli errori commessi nell'esercizio delle proprie funzioni;

- Responsabilità in ambito civile, caratterizzata da un obbligo di risarcimento per aver cagionato ad altri un danno. Essa può essere sia di natura Contrattuale, Diretta e Indiretta Oggettiva, che Extra Contrattuale;

- Responsabilità in ambito amministrativo: ovvero la responsabilità interna verso l'amministrazione, caratterizzata dall'applicazione di sanzioni di natura amministrativa per aver apportato un danno all'ente con il quale sussiste un rapporto di servizio;

- Responsabilità in ambito disciplinare: si configura quando viene meno il rispetto e la rispondenza a norme di comportamento definite. È personale, non trasferibile a terzi⁵.

Vi sono dei principi comuni a tutti e tre gli ambiti e sono: la sussistenza di un evento dannoso, l'aver posto in essere una condotta illecita, la dimostrazione del rapporto di causalità materiale. L'evento dannoso può essere lesione di un bene giuridicamente garantito come il diritto alla vita alla salute. La condotta illecita è riconducibile a: imperizia, imprudenza, negligenza ed è denominata colpa generica. Inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline ed è definita colpa specifica. Nel caso di specie la negligenza consiste in un comportamento caratterizzato da disattenzione, trascuratezza, superficialità, l'imprudenza consiste in un comportamento avventato, precipitoso, privo delle cautele dettate dalla scienza e dalla comune esperienza mentre l'imperizia consiste nel aver agito con cognizioni e/o abilità tecniche inadeguate, al di sotto del livello standard

di preparazione che l'infermiere deve essere in grado di possedere, inosservanza è la violazione di principi codificati che mirano ad evitare la realizzazione di un evento dannoso⁶.

Le qualifiche giuridiche dell'infermiere sono:

- Incaricato di pubblico servizio (articolo 358 c.p.) qualora dipendente del SSN o di Casa di Cura privata convenzionata o accreditata. Per esso deve intendersi una attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri (certificativi e autoritativi n.d.r.) tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.
- Esercente un servizio di pubblica necessità (articolo 359 c.p.) qualora l'infermiere operi in regime libero-professionale o in strutture private non accreditate.

Al fine di comprendere la tipologia di responsabilità penale a cui va incontro un professionista infermiere occorre precisare che nel diritto penale esistono reati a forma vincolata, dove l'azione sarà corrispondente allo specifico modello di comportamento descritto dalla norma, e reati a forma libera dove può essere un reato da attribuire a comportamento umano che abbia causato in qualsiasi modalità l'evento, ad esempio, le norme sull'omicidio e sulle lesioni danno rilevanza rispettivamente a qualsiasi condotta "che cagiona la morte di un uomo" e "che cagiona ad alcuno una lesione personale"⁷.

Tale assunto è fondamentale al fine di comprendere a quale responsabilità penale si va incontro e soprattutto le condotte da seguire dall'infermiere. Occorre altresì tener presente che l'infermiere risponderà infatti penalmente per omissione se non compie un'azione che si ha il compito giuridico di compiere. Nel caso di reati omissivi viene sanzionato il comportamento dell'infermiere che non compie un'azione giuridicamente doverosa, indipendentemente dal verificarsi o meno di un evento come conseguenza dell'omissione⁸. Un esempio è dato dalla fattispecie di omissione di soccorso (articolo 593 c.p.) che incrimina la semplice omissione dell'assistenza occorrente ad una persona che si trova in pericolo: se ne consegue la morte del soggetto bisognoso d'aiuto, chi ha ommesso non risponde di omicidio, ma si applica soltanto la circostanza aggravante di cui all'articolo 593 comma 3 del c.p. Ulteriori reati di pura omissione sono, ad esempio, quelli previsti agli articoli 328 e 361 c.p., che disciplinano rispettivamente l'omissione di atti d'ufficio e l'omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale⁹. Per quanto concerne i reati omissivi impropri, viene incriminato il comportamento dell'infermiere che manca nel compiere di un'azione giuri-

dicamente doverosa imposta per impedire il verificarsi di un evento. Il reato colposo è l'ipotesi più frequente di cui il personale sanitario è chiamato a rispondere e si verifica quando l'evento, anche se previsto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imperizia. I reati più frequenti nell'ambito sanitario sono: omissione di soccorso, rifiuto di atti d'ufficio ovvero il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di sanità deve essere compiuto senza ritardo, il sequestro di persona e la violenza privata che si configurano quando si sottopongono a trattamento pazienti non consenzienti, manca cioè un requisito fondamentale del trattamento sanitario: il consenso dell'avente diritto, la rivelazione del segreto d'ufficio e del segreto professionale (articoli 326 e 622 c.p.). In tal caso il personale è perseguibile se sussistono le seguenti condizioni:

- aver rivelato un segreto appreso in ragione della propria professione;
- averlo rivelato senza giusta causa;
- aver provocato al paziente un danno o nocumento con tale rivelazione.

Costituisce segreto in generale ciò che non deve essere divulgato ed in particolare quel fatto o notizia, sanitaria o non sanitaria, che una persona vuole sottrarre alla conoscenza di altre persone.

-
- 1 Tousijn W., *Il sistema delle occupazioni sanitarie*, Il Mulino, 2000.
 - 2 Motta P.C., *Introduzione alle Scienze Infermieristiche*, Carocci, 2012.
 - 3 www.ipasvi.it
 - 4 Rodriguez D., Aprile A., Arseni A., *Il triage infermieristico aspetti giuridici e medico legali*, Riv. *Diritto delle professioni sanitarie*, 2006.
 - 5 Giovanna Mezzadrelli e Roberto Vigano', Dipartimento scienze infermieristiche - Azienda Ospedale Poma Mantova.
 - 6 Ricciardi R. (a cura di), *La responsabilità professionale dell'infermiere*, Prex spa, Milano, 2012.
 - 7 Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di Diritto Penale*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 2006.
 - 8 Marinucci G., Dolcini E., *op. cit.*, 2006. Cfr. anche Fiandaca G., voce *Omissione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, Utet, Torino, 1994.
 - 9 Fiandaca G., Musco E., *op. cit.*, 2008. Cfr. anche Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, Cedam, Padova, 1988; Musco E., voce *Omissione di soccorso*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, Utet, Torino, 1994.

BIBLIOGRAFIA

- Tousijn W., *Il sistema delle occupazioni sanitarie*, Il Mulino, 2000.
 Motta P.C., *Introduzione alle Scienze Infermieristiche*, Carocci, 2012.
 Calamandrei C., Orlandi C., *La dirigenza infermieristica*, McGrawHill, 2008.
 Rodriguez D., Aprile A., Arseni A., *Il triage infermieristico aspetti giuridici e medico legali*, Riv. *Diritto delle professioni sanitarie*, 2006.
 Ricciardi R. (a cura di), *La responsabilità professionale dell'infermiere*, Prex spa, Milano, 2012.
 Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di Diritto Penale*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 2006.
 Aa.Vv., *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, Utet, Torino, 1994.
 Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, Cedam, Padova, 1988.
Il Codice Deontologico dell'Infermiere, 2009.
 www.ipasvi.it

Giuseppina Romano

Prime riflessioni sulla depenalizzazione

Il 6 febbraio 2016 è entrata in vigore la vasta opera di depenalizzazione voluta dal legislatore. Circa una quarantina di reati sono stati definitivamente cancellati dal codice penale. L'obiettivo è quello di sfoltire l'arretrato delle Procure e di deflazionare il carico giudiziario attraverso il meccanismo del doppio binario cioè, trasformando i reati "depenalizzati" in illeciti civili (d.lgs. n. 7/2016) da un lato, e in illeciti amministrativi (d.lgs. n. 8/2016) dall'altro, con conseguente spostamento di competenza dal giudice penale al giudice civile e/o autorità amministrativa. In particolare il d.lgs. n. 7/2016 prevede l'abrogazione di una serie di reati ritenuti di minore allarme sociale quali: falsità in scrittura privata (articolo 485 c.p.), falsità in foglio firmato in bianco, atto privato (articolo 486 c.p.), falsità su un foglio firmato in bianco diverse da quelle previste dall'articolo 486 c.p. (articolo 488 c.p.), uso di atto falso (articolo 489, comma 2, c.p.), soppressione, distruzione e occultamento di atti veri (articolo 490 c.p.), sottrazione di cose comuni (articolo 627 c.p.), appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito (647 c.p.), ma anche reati, maggiormente percepiti come tali dai cittadini, quali l'ingiuria (594 c.p.) e il danneggiamento articolo 635 c.p. (quando non commesso con minaccia/violenza); al loro posto sono previsti illeciti civili che, se commessi con dolo saranno sanzionati, oltre che con la restituzione o il risarcimento del danno, anche con il pagamento di una sanzione pecuniaria civile il cui ammontare sarà devoluto alla Cassa delle ammende. Si segue, insomma, la scia dei sistemi di *common law*, che prevedono i cc.dd. *punitive damages*. Anche in ragione di tale abrogazione, sono state integrate, modificate e sostituite alcune disposizioni del codice penale. Si tratta, in particolare, di quelle relative alle altre falsità del foglio firmato in bianco, applicabilità delle disposizioni sulle falsità materiali; all'uso di atto falso; ancora alla soppressione, alla distruzione e all'occultamento di atti veri; ai documenti equiparati agli atti pubblici agli effetti della pena; ai documenti informatici; ai casi di perseguibilità a querela, all'esclusione della prova liberatoria; alla querela della persona offesa e all'estinzione del reato; alla ritorsione e alla provocazione; al danneggiamento; al danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici; al danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità; al danneggiamento di sistemi

informatici o telematici; al danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità. L'articolo 5 del decreto n. 7/2016 detta, quindi, i criteri da utilizzare per determinare l'importo della sanzione pecuniaria civile. In particolare occorre fare riferimento alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze dell'illecito e alle condizioni economiche dell'agente. Per quanto concerne il pagamento della sanzione civile eventualmente irrogata, gli articoli 9 e 10 stabiliscono che la stessa può essere rateizzata e che è devoluta non al danneggiato, bensì a favore della Cassa delle Ammende; si prevede, inoltre, che per la sanzione civile non è possibile stipulare una polizza assicurativa e che essa non è trasmissibile agli eredi.

Il d.lgs. n. 8/2016 si occupa, invece, della depenalizzazione vera e propria trasformando in contravvenzioni amministrative tutti i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda previsti fuori dal codice penale; una serie di reati contenuti nel codice penale e, segnatamente, il reato di atti osceni (527 c.p.), pubblicazioni e spettacoli osceni (528, commi 1 e 2, c.p.) rifiuto di prestare la propria opera in occasione di tumulto (528 c.p.), abuso di credulità popolare (661 c.p.), rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive (668 c.p.), atti contrari alla pubblica decenza (726 c.p.); una serie di reati previsti da leggi speciali quali ad es. guida senza patente (articolo 116 comma 15 d.lgs. 285/1992), omesso versamento di ritenute previdenziali (articolo 2 del d.lgs. n. 463/1983), riciclaggio (omessa identificazione omessa registrazione ex articolo 55, commi 1 e 4, del d.lgs. n. 231/2007), interruzione volontaria della gravidanza senza osservanza delle modalità indicate dalla legge (ex articolo 19, comma 2, legge n. 194/1978), violazione delle norme di pubblica sicurezza (ex articolo 11 del r.d.n. 234/1931), violazione delle norme sul diritto d'autore (ex articolo 171 *quater* legge n. 633/1941), contrabbando violazioni doganali (ex articolo 282-292 d.p.r. n. 43/1973). Da un punto di vista strettamente applicativo, per quanto riguarda la trasformazione in illeciti amministrativi, le nuove disposizioni si applicano retroattivamente anche ai fatti commessi prima della entrata in vigore della legge in commento, a meno che il procedimento non sia stato definito con sentenza o decreto divenuti irrevocabili. In tal caso il Giudice dell'Esecuzione revoca la sentenza o il decreto dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato ex articolo 667, comma 4, c.p. Ai fatti commessi prima della entrata in vigore della legge, inoltre, non potrà applicarsi una

sanzione amministrativa superiore al massimo della sanzione originariamente inflitta per il reato. Né potranno applicarsi le sanzioni amministrative accessorie neointrodotte, salvo che le stesse sostituiscano le corrispondenti pene accessorie. L'autorità giudiziaria procedente, entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge in commento, dovrà trasmettere gli atti all'autorità amministrativa competente che sarà il Prefetto per tutti ex reati previsti dal codice penale, l'autorità amministrativa all'uopo competente per le fattispecie depenalizzate previste da leggi speciali, salvo che il reato risulti prescritto o estinto per altra causa alla medesima data. In particolare, per le violazioni di cui all'articolo 1 (depenalizzazione dei reati puniti con la sola pena pecuniaria ed esclusioni) sono competenti le autorità amministrative competenti ad irrogare le altre sanzioni amministrative già previste dalle leggi che contemplano le violazioni stesse. Nel caso di mancata previsione è competente l'autorità individuata a norma dell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689; per le violazioni di cui all'articolo 3 (altri casi di depenalizzazione), infine, sono competenti: "a) le autorità competenti ad irrogare le sanzioni amministrative già indicate nella legge 22 aprile 1941, n. 633, nel decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, e nel decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309; b) il Ministero dello Sviluppo Economico in relazione all'articolo 11 della legge 8 gennaio 1931, n. 234; c) l'autorità comunale competente al rilascio dell'autorizzazione all'installazione o all'esercizio di impianti di distribuzione di carburante di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 11 febbraio 1998, n. 32; d) il prefetto con riguardo alle restanti leggi all'articolo 3". Se l'azione penale non è stata ancora esercitata, quindi ci si trovi nel limbo dell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari, ex articolo 415 *bis* del codice di procedura penale, è il Pubblico Ministero a trasmettere gli atti all'autorità competente e, nel caso in cui il procedimento sia stato iscritto, ad annotare la relativa trasmissione nel registro delle notizie di reato. È opportuno osservare che, nel caso in cui il reato sia estinto per qualsiasi causa, il Pubblico Ministero ne chiede l'archiviazione. Tale richiesta e il relativo decreto possono, secondo il citato articolo 9, avere ad oggetto anche elenchi cumulativi di procedimenti. Nel caso in cui invece l'azione penale sia stata già esercitata, l'organo giudicante pronuncia sentenza ai sensi dell'articolo 129 del codice di rito (obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità): trattasi di una pronuncia inappellabile in quanto il fatto non è pre-

visto dalla legge come reato, disponendo la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente, la quale, dovrà notificare gli estremi della violazione agli interessati entro 90 giorni (360 giorni per i residenti all'estero) i quali avranno 60 giorni per il pagamento in misura ridotta. Nel caso sia già stata pronunciata sentenza di condanna, l'articolo 9 prosegue affermando che, "il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato, decide sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili". Questo lo scenario che si delinea all'indomani della vasta opera di depenalizzazione operata dal legislatore. Pur apprezzandosi l'indubbia finalità di alleggerimento del carico giudiziario, resta però la sensazione di aver creato un *vulnus* legislativo; di aver decretato l'assenza dello stato e la vanificazione di ogni forma di tutela per le vittime di reati quali ad esempio l'ingiuria o il danneggiamento che, sebbene non percepiti come gravissimi in termini di allarme sociale, tali sono per la sensibilità di chi ne sia vittima. Una delle questioni su cui maggiormente ci si interroga, all'indomani dell'entrata in vigore della depenalizzazione, è quale sarà il destino riservato alla parte della sentenza penale che stabilisce il risarcimento, vale a dire agli effetti civili della condanna, nel caso in cui il reato per il quale sia stata già emessa una sentenza penale non definitiva faccia parte di quelli appena depenalizzati (che peraltro, già di per sé comporta la revoca della condanna). Il soggetto leso, costituitosi parte civile, vedrà annullarsi anche il diritto al risarcimento, o al contrario, almeno per quanto riguarda gli effetti civili della decisione potrà mantenerli validi? Il problema si pone soprattutto per le pregresse condanne dei reati di ingiuria e di danneggiamento, in quanto, dal punto di vista statistico, sono quelle più numerose. A sciogliere il nodo della questione saranno le Sezioni Unite della Cassazione, a cui è stata rimessa la decisione da una recente ordinanza della Quinta Sezione (n. 7125/2016). Le perplessità sono scaturite da quella che può essere definita una vera e propria svista da parte del legislatore il quale ha mancato di precisare quale sarà la specifica sorte della parte in cui le sentenze già emesse, non definitive, decidono sul risarcimento, a seguito della depenalizzazione delle fattispecie criminose trasformate in illeciti civili. A differenza del d.lgs. n. 8/2016 sulla depenalizzazione vera e propria, in cui espressamente si prevede che il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve decidere esclusivamente sulla parte della sentenza attinente agli interessi civili, il d.lgs. n. 7/2016 non ha disci-

plinato il destino che avranno gli interessi civili. La diretta conseguenza della mancanza porterebbe a ritenere che l'abolizione del reato porti con sé anche la decisione sugli effetti civili della sentenza e dunque il risarcimento. Tuttavia, questa soluzione potrebbe sembrare poco coerente rispetto all'impianto generale del nostro ordinamento che stabilisce l'autonomia della sentenza civile da quella penale. A chiarire i dubbi, quindi, interverrà la pronuncia delle Sezioni Unite. Sempre con riferimento all'ingiuria un altro problema, di non poco momento, è quello relativo alla "prova del fatto storico" che da oggi sarà ancora più difficile da fornire; ciò per una ragione processuale, probabilmente sfuggita al legislatore che ha così lasciato un vero e proprio vuoto, una lacuna difficile da colmare. Siamo in presenza di uno di quei tanti reati che si consumano normalmente "a due", lontano da occhi indiscreti, cioè alla sola presenza del reo e della vittima.

Così, per consentire la punizione di tali illeciti, che altrimenti non avrebbero "voci" a confermare il fatto, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile, nel solo processo penale, anche la testimonianza della vittima, senza necessità di ulteriori elementi di riscontro. Ma non funziona così nel processo civile, dove invece la testimonianza dell'attore - colui, cioè, che inizia la causa per la tutela del proprio diritto - non è mai ammessa, anche qualora sia l'unico elemento a dimostrazione della lesione. Ebbene, con il recente decreto legislativo sulla depenalizzazione, l'ingiuria, non essendo più reato, esce definitivamente dal processo penale. Per cui, il soggetto offeso dovrà difendersi unicamente affrontando una causa civile, rivolta ad ottenere l'indennizzo e la multa. Ma con quali prove si potrà ora dimostrare di aver subito l'offesa? Di certo non più con le proprie dichiarazioni, come invece è avvenuto sino a ieri nell'ambito del giudizio penale. Ecco allora che l'ingiuria, quando consumata "a due" - senza cioè la presenza di altre persone nelle vicinanze, in grado di testimoniare in un eventuale processo - non sarà più punibile. L'unica fattispecie di ingiuria punibile nel processo civile sarà l'ingiuria aggravata, ossia quella commessa "in presenza di più persone". Per gli altri casi, l'offeso dovrà rinunciare a difendere i propri diritti salvo riesca a procurarsi una prova diversa, ad esempio una registrazione delle conversazioni. RegISTRAZIONI che, tuttavia, non sempre sono possibili: non solo perché non è possibile prevedere ciò che verrà detto nel corso di una conversazione, ma anche perché esistono dei luoghi ove è vietato utilizzare il registratore senza il consenso del soggetto "intercettato" (per esempio, la casa e gli altri luoghi di sua privata dimora). Dunque, con l'ultimo

intervento, il legislatore ha cancellato non solo il reato, ma - di fatto - anche l'illecito e, quindi, il conseguente risarcimento del danno che sarà impossibile ottenere. Il risultato è che, in mancanza di una nuova correzione di marcia da parte del parlamento, chiunque sarà libero di usare epiteti offensivi e oltraggiosi senza temere alcuna conseguenza e senza possibilità per la vittima di ottenere alcun risarcimento né materiale né morale. Ancora una volta chi scrive le leggi appare, di fatto, molto lontano e distante da ciò che accade nella realtà e nelle aule dei tribunali

Eleonora Stefanelli

L'istituto delle adozioni, con particolare riguardo alla posizione dello straniero maggiorenne

1. Brevi riflessioni di carattere generale

Quando si parla di adozione non può non farsi riferimento al d.lgs. 154/2013¹ (entrato in vigore nel mese di febbraio 2014) avendo, quest'ultimo, portato a compimento l'iter avviato, dapprima, dalla legge n. 151 del 1975, nota altrimenti quale riforma del diritto di famiglia e, successivamente, dalla legge 10 dicembre n. 219 del 2012².

Il suo più grande merito è rappresentato dal fatto di aver provveduto a parificare la condizione giuridica dei figli, eliminando definitivamente ogni tratto distintivo tra i figli nati dal matrimonio (cd. figli legittimi) e figli nati fuori dal matrimonio (cd. figli naturali). In tal modo, tutti i figli hanno finito con l'acquisire il medesimo status giuridico³, indipendentemente dall'esistenza del vincolo coniugale tra i genitori. L'intenzione sottesa al recente provvedimento normativo è stata concretamente realizzata attraverso una vera e propria opera di *revirement*, la quale ha condotto verso una modifica delle disposizioni normative nonché della stessa architettura codicistica. Difatti, si è assistito ad una variazione del Titolo IX, Libro I del codice civile, la cui rubrica non risulta più intitolata "Della potestà dei genitori" bensì "Potestà dei genitori e dei diritti e doveri del figlio". Le innovazioni sono tutte accomunate da un unico filo conduttore: attribuire maggiore centralità al ruolo e all'interesse del minore, quale interesse superiore. In proposito, il legislatore è dovuto intervenire sotto un duplice profilo, ovvero sia con riguardo alla fase processuale che con riferimento ai rapporti intercorrenti con i genitori e gli ascendenti.

Da un punto di vista processualistico, l'esigenza circa il rafforzamento della posizione del minore ha avuto luogo grazie al riconoscimento di mag-

giori possibilità di ascolto, tutte ugualmente consacrate nell'ambito del codice civile. Al riguardo, si pensi all'articolo 315 *bis* che, nel regolamentare i diritti e i doveri del figlio, ha espressamente statuito che il figlio minore, qualora abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano (cfr. in proposito terzo comma). Parimenti significativa risulta essere la disposizione di cui all'articolo 316, propriamente rubricata "Responsabilità genitoriale", atteso che si pone in stretta sintonia con quanto consacrato dall'articolo 315 *bis*.

Entrambe le norme, infatti, vanno necessariamente lette in combinato disposto, dal momento che la responsabilità genitoriale deve essere esercitata da entrambi i genitori di comune accordo sempreché venga tenuto conto delle capacità, delle inclinazioni naturali nonché delle aspirazioni del figlio. Il ricorso all'autorità giudiziaria è previsto per i casi di contrasto su questioni di particolare rilevanza; al riguardo, il secondo comma dell'articolo 316 è chiarissimo: "ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei". Ancora, vanno segnalati, a titolo di completezza, gli articoli 336 e 337 *octies* c.c., disciplinanti rispettivamente i cd. procedimenti *de potestate* nonché il necessario ascolto del minore.

In particolare, interessa il secondo comma dell'articolo 336 c.c. che, nella sua attuale formulazione, stabilisce la necessità per il tribunale di disporre l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici o abbia età differente ove capace di discernimento⁵. La disciplina di tale ascolto, invece, è positivamente nella successiva norma, ovvero l'articolo 336 *bis* c.c., il cui inserimento è ricollegabile all'articolo 53 del decreto 154/2014. Nella norma *de qua* vengono ad essere indicate le modalità di conduzione dell'ascolto del minore, evidenziandosi, altresì, i casi di eventuale sospensione dello stesso. In proposito il primo comma è chiarissimo, in quanto stabilisce che il giudice, dandone atto con provvedimento motivato, non è tenuto a dare esecuzione all'adempimento se l'ascolto si rivela "in contrasto con l'interesse del minore o è manifestamente superfluo". In ogni caso, qualora lo ritenga opportuno, l'organo giudicante potrà anche avvalersi della collaborazione di esperti o di altri ausiliari (v. articolo 336 *bis*, secondo comma, c.c.).

Il secondo profilo, come già detto sopra, ruota attorno al rapporto che intercorre tra figli e genitori nonché tra figli ed ascendenti. Al riguardo, oltre all'articolo 316 c.c. (di cui già si è discusso), due risultano essere le norme chiarificatrici: stia-

mo parlando dell'articolo 317, disciplinante l'impedimento di uno dei genitori, e l'articolo 317 *bis* che, invece, va a regolamentare i rapporti con gli ascendenti.

Il primo dato normativo ha una precisa *ratio*: tutelare e garantire la realizzazione dell'interesse primario del minore in presenza di eventi impedienti a carico dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale. Esigenza ben racchiusa nel primo comma, secondo cui: "Nel caso di lontananza⁶, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della responsabilità genitoriale, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro".

Altrettanto significativa è la tematica trattata dall'articolo 317 *bis*, trattandosi di una questione ampiamente sentita ed al contempo innovativa. Nel disciplinare le relazioni con gli ascendenti, viene espressamente riconosciuto in capo ad essi il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

L'utilizzo del termine "significativi" non è causale, dal momento che ad esso sottende una precisa e sostanziale esigenza: quella di riconoscere, in favore dell'ascendente, un vero e proprio diritto alla relazione con i nipoti. Riconoscimento, quest'ultimo, che opera anche con riguardo agli altri parenti ma in maniera più attenuata, dal momento che il secondo comma dell'articolo 315 *bis*, c.c. attribuisce solo al figlio di mantenere rapporti significativi con i parenti e non anche il contrario.

2. L'adozione dei minorenni stranieri: l'importanza e la ricorrenza dei presupposti fondanti la richiesta attraverso una disamina del dato codicistico

È assolutamente indubbia la valenza assunta dai recenti interventi riformistici, dal momento che essi hanno avuto il pregio di contribuire al superamento dell'impostazione tradizionale, che tendeva a ricollegare, in termini riduttivi e per certi versi distorti, la parentela al solo matrimonio.

In altre parole, è andata profilandosi una inversione di tendenza (da intendersi come apertura di pensiero) che ha portato a ritenere che il vincolo parentale potesse discendere non solo ed esclusivamente dal matrimonio bensì anche dall'adozione⁷. Istituito, quest'ultimo, da doversi considerare tanto con riguardo alla posizione del minore quanto in riferimento a quella del maggiorenne. In particolare, mentre la prima tipologia trova compiuta regolamentazione in una apposita normativa *ad hoc*, qual è la legge n. 184/1983⁸, la seconda, al contrario, risulta disciplinata nel Titolo VIII, Libro IV del codice civile (articoli 291-314). Oltre ad una diversa collocazione normativa, va aggiunto che sono diametralmente opposte

le finalità sottese alle due tipologie di adozione; difatti, l'azione dei minorenni risponde ad un preciso obiettivo, quello di tutelare aspettative di natura successoria. Precisione, tra l'altro, che emerge dal dato normativo, in quanto i requisiti che il legislatore richiede, ai fini della sua validità, sono ben specificati e trovano concreta applicazione anche nei casi in cui l'adozione si riferisca ad un maggiorenne straniero.

Il primo comma dell'articolo 291 c.c., prevede che essa sia concessa alle persone che abbiano compiuto i 35 anni di età e che superino almeno di 18 anni l'età di coloro che intendono adottare, purché non siano presenti discendenti legittimi o legittimati. Non solo, parimenti rilevante risulta essere l'articolo 296 del codice, dal momento che inquadra, quale ulteriore aspetto essenziale e necessario, il consenso, da intendersi quale forma di autorizzazione che deve necessariamente provenire sia dall'adottante che dall'adottando⁹.

Medesima sorte è riservata all'articolo 297 c.c., disciplinante l'assenso dei genitori dell'adottando e l'assenso del coniuge dell'adottante e dell'adottando, se coniugati e non legalmente separati. Anche in tale ipotesi, l'assenso va inteso in termini di atto autorizzatorio, in quanto tale riconducibile alla sfera privata e, dunque, riallacciabile alla disciplina operante in materia di negozi giuridici. La sussistenza dei suindicati presupposti fondanti la richiesta di adozione - da presentarsi sotto forma del ricorso - deve essere compiuta dal Tribunale per i minorenni; in particolare, l'autorità giudiziaria è tenuta ad effettuare una indagine sotto un duplice profilo: per un verso, deve indagare sulla legittimità e sussistenza di tutte le condizioni tassativamente richieste *ex lege*; per altro, deve eseguire una sorta di controllo di merito, circa la convenienza dell'adozione per il soggetto adottando. Una volta constatata la reale ed effettiva ricorrenza di tali requisiti, il Tribunale emette decreto motivato di adozione, ex articolo 298 c.c., la cui efficacia decorre dal momento della data di emissione del decreto stesso. La ragione giustificatrice di tale decorrenza si rinviene proprio nel secondo comma dell'articolo 298, il quale esplicitamente ammette la possibilità di revocare il consenso prestato dall'adottante o dall'adottando fino a quando il decreto non sia stato emanato¹⁰. Ma quali sono gli effetti giuridici riconducibili al provvedimento legittimante l'adozione? La risposta si rinviene, ancora una volta, all'interno del tessuto normativo, così come dimostrano gli articoli 299 e 300 c.c.

In *primis*, l'adottato assume il cognome dell'adottante, antepoendolo al proprio, dovendosi precisare che se l'adozione è compiuta da coniugi l'adottato assume il cognome del marito. In secon-

do luogo, l'adottato conserva tutti i suoi diritti e doveri verso la famiglia di origine¹¹, ferme restando le prescrizioni limitative individuate dalla legge¹².

3. Un recente caso giurisprudenziale

Interessante risulta essere un recentissimo provvedimento emesso dal Tribunale per i minorenni di Napoli Nord, in quanto avente ad oggetto l'adozione di un maggiorenne russo, la cui madre biologica era legalmente coniugata da tempo con un uomo di nazionalità italiana¹³.

Nello specifico, quest'ultimo interveniva a mezzo del procuratore legale, al fine di vedersi concedere l'adozione nei riguardi del figlio maggiorenne della moglie, con annessa allegazione dei necessari documenti comprovanti la situazione familiare sia del soggetto adottando (il maggiore straniero), sia del soggetto adottante, nonché la morte del padre biologico dell'adottando¹⁴.

Successivamente al deposito del ricorso ed accertata la sussistenza dei presupposti espressamente richiesti dalla legge, veniva ad essere instaurato il contraddittorio tra le parti coinvolte, affinché potessero esprimere il loro parere favorevole all'adozione. In particolare, il Collegio vinceva, dagli atti processuali, la ricorrenza dei requisiti indicati dalla norma di cui all'articolo 291 c.c., ovvero che l'adottante non aveva discendenti legittimi o naturali e che aveva compiuto i 35 anni di età, superando di oltre 18 anni l'adottando.

Altresi, all'udienza collegiale emergeva chiaramente il consenso favorevole all'adozione sia da parte dell'adottando e dell'adottante, ex articolo 296 c.c., che da parte della madre dell'adottando, ai sensi dell'articolo 297 c.c. Pertanto, alla luce delle suindicate considerazioni, il Tribunale per i minorenni dichiarava, in via definitiva, l'adozione del maggiore di età straniero in favore del ricorrente, rinviando al Cancelliere e all'Ufficiale dello Stato Civile i rispettivi adempimenti di competenza.

1 Si è assistito, grazie ad un processo graduale, ad una totale parificazione tra figli legittimi e naturali, in stretta sintonia con i principi di derivazione costituzionale (III comma, articolo 30 Cost.). Si è trattato di una vera e propria rivoluzione copernicana che ha condotto ad uno svecchiamento della disciplina operante in tema di riconoscimento dei figli incestuosi. Infatti, diversamente da quanto accadeva in passato, la situazione è radicalmente mutata così come dimostra la disposizione di cui all'articolo 251 c.c., propriamente intitolata "Autorizzazione al riconoscimento". Sul punto, è intervenuta la riforma operata dalla legge n. 219/2012, la quale ha finito con il rimuovere l'aggettivo figli incestuosi in una chiara prospettiva estensiva, volta ad ammettere la possibilità di riconoscimento anche per essi. In proposito, il primo comma dell'articolo 251 prevede espressamente che "il figlio nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela ... ovvero un vincolo di affinità" possa essere riconosciuto, previa autorizzazione del giudice, tenendo in debita considerazione l'interesse del figlio e la necessità di evitare allo stesso pregiudizi.

2 Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, G.U. 17.12.2012, n. 293.

3 L'unica variazione concerne le modalità di acquisizione della condizione giuridica. Difatti, per i figli nati in costanza di matrimonio, lo status di figlio si forma d'ufficio con la denuncia di nascita e la formazione del relativo atto. Diversamente, per i figli nati fuori dal matrimonio, occorre il riconoscimento o un accertamento giudiziario del rapporto di filiazione.

4 Cfr. in proposito l'articolo 145 c.c., disciplinante i casi di intervento del giudice.

5 Il secondo comma dell'articolo 336 si pone in netta sintonia con quanto consacrato dall'articolo 315 *bis* c.c., presentando entrambi un contenuto analogo.

6 Il concetto di lontananza è stato analizzato dalla dottrina, la quale è giunta ad una conclusione unanime, secondo la quale essa va intesa come materiale distacco fisico e non meramente potenziale che, di fatto, impedisce ad uno dei genitori di adempiere ai doveri scaturiti dalla propria condizione giuridica e sociale. Di qui, la necessità di non sovrapporre il concetto di lontananza con quello di scomparsa o di assenza.

7 Con l'adozione viene ad instaurarsi un rapporto di filiazione civile, da non confondere con quella naturale, poiché la sua funzione è quella di dare vita ad un rapporto di parentela tra soggetto adottato e soggetto adottante, in assenza di discendenza naturale o legittima.

8 La legge n. 184 del 1983, riformata recentemente dal d.lgs. 154/2013, ha dato il via ad una opera di modernizzazione, mettendo al centro dell'ordinamento giuridico l'interesse del minore abbandonato nonché il suo diritto ad avere una famiglia. Medesima finalità vige in tema di adozione internazionale, con riguardo alla posizione dei minori stranieri. Anche in tal caso, infatti, la legge del 1983 ha previsto un preciso iter procedimentale che si fonda sulla necessaria interazione tra adottanti, Tribunale per i minorenni, competenti autorità del paese estero e commissione per le adozioni internazionali. Difatti, sarà proprio la Commissione a dover dichiarare valida l'adozione sempre che la stessa risponda al superiore interesse del minore, potendo così autorizzarne l'ingresso e la permanenza in Italia. Di qui, una volta formalizzata la trascrizione del provvedimento di adozione nei registri di stato civile, il minore adottato acquisterà definitivamente la cittadinanza italiana.

9 Sulla qualificazione giuridica del consenso di cui all'articolo 296 c.c., si è registrato un ampio dibattito. In dottrina, ci si è chiesti se esso vada inteso quale presupposto per il provvedimento del giudice o se, invece, debba essere considerato come un semplice aspetto di natura negoziale da ricollegarsi al dogma dell'autonomia privata. Invero, tale *querelle* è stata sciolta solo grazie all'intervento della giurisprudenza, la quale ha tracciato una netta e chiara posizione sul punto. Essa sostiene che non sia possibile negare carattere negoziale all'atto di consenso espresso dal soggetto adottante, di modo che possa trovare applicazione, in chiave estensiva, la disciplina regolante i negozi privatistici.

10 Non mancano ulteriori ipotesi di revoca tipizzate negli articoli 306 e 307 c.c., rispettivamente disciplinanti la revoca per indegnità dell'adottante e la revoca per indegnità dell'adottato.

11 La norma di cui all'articolo 300 c.c. tutela l'interesse dell'adottato sotto due punti di vista: da un lato, vuole garantire allo stesso una nuova famiglia che lo assista, dall'altro, invece, intende attribuirgli la possibilità di mantenere rapporti con la propria famiglia di origine, senza che si rendano necessarie rotture o frizioni.

12 Si veda in proposito l'articolo 87, con particolare riguardo ai punti n. 6, n. 7, n. 8. e n. 9, secondo cui non possono contrarre matrimonio fra loro: l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti; i figli adottivi della stessa persona; l'adottato e i figli dell'adottante; l'adottato e il coniuge dell'adottante, l'adottante e il coniuge dell'adottato.

13 Tribunale Napoli Nord, I Sez. Civile, n. 4/2016, pubblicata il 15.02.2016.

14 Unitamente al ricorso, vanno presentati tutta una serie di documenti, così schematizzabili: copia integrale dell'atto di nascita dell'adottando, da richiedere presso il Comune di nascita; estratto dell'atto di nascita dell'adottante; certificato di matrimonio (se coniugato) o di stato libero (se celibe o nubile) dell'adottante e dell'adottando; certificato di morte dei genitori dell'adottando (se deceduti), se, invece, sono viventi dovranno presentare il loro assenso nelle forme indicate dall'articolo 311 c.c., dovendosi richiamare in proposito anche gli articoli 296 e 297 c.c.; certificato di stato di famiglia dell'adottante in bollo; certificato di residenza dell'adottante e dell'adottando in bollo.

Historia et Antiquitates

Il forense per amore: arringa di uno stampatore avanti al Tribunale in difesa dei propri diritti amorosi. Tratto da *Le Muse in Tribunale ossia Allegazioni Poetiche Scherzevoli*, di Michele Zezza (1780-1867)

a cura di Gianluca Granato

Il forense per amore è la quinta delle nove "allegazioni" pubblicate in Napoli nel 1833 nella Tipografia della Società Filomatica da Michele Zezza (1780-1867).

Un giovane stampatore ambiva sposare la figlia di un paratore (chi fa il mestiere di parare, di ornare cioè di parati, in determinate occasioni e solennità, chiese o locali pubblici - n.d.r.)... Se il primo però desiderava ardentemente divenir genero del secondo, il secondo aveva risoluto assolutamente di non esser suocero del primo; quindi questa sciarada di nuova invenzione non combinava nell'intero, ossia nel matrimonio. Qual'idea non suggerisce un amore deluso? Lo stampatore si trasforma all'istante in poeta; eccolo già *doctor utriusque juris*; e qual *Cicero pro domo sua* difende i suoi dritti amorosi avanti al Tribunale colla seguente arringa, ed ottiene la bramata vittoria.

"Trovandomi, signori, in Tribunale, non sul mar dove s'usa il porta-voce, io non parlo per mezzo d'un legale: chi sa meglio di me ciò che mi cuoce? Almen, se il vostro voto è a me contrario, non rifondo per giunta l'onorario. *Apertis verbis* vi dirò l'affare. Può prender il suo stato ogni persona? Dunque mi voglio subito ammogliare; e ho scelta una donzella e bella, e buona, bella come l'aurora, e buona quale la celebre fra noi pasta reale. Ella è d'età maggior: v'andò un notajo ad esplorar la volontà legale; ma s'egli non fuggia passava un guajo, che gittato l'avrebbero per le scale. Ciò pel notar; la giovinetta poi Vi dovrebbe contar gli affanni suoi. Fu trattata qual piccolo scolaro che non sa declinar *Musa* la Musa (che non declinare in latino il sostantivo *Musa* - n.d.r.): indi dal padre (qual boccone amaro!) in un semi-ritiro ella fu chiusa: ivi, o mangiava colla mia moneta, o serbava esattissima dieta. Ma il notar che metteasi le mignatte (sanguisughe - n.d.r.), essendo anch'ei mignatta diventato, perché non era un bambolin di latte, ritornò da due sgherri accompagnato. Allor sì, che il mio suocero futuro stette quasi per dar la testa al muro. Ei di botto portò l'opposizione, come fan tutto giorno i litiganti: onde voi



decretaste, e con ragione, ch'io dovessi provar se avea contanti. E in un'epoca si calamitosa mostrai che mantener posso una sposa. In gran carta bollata e registrata ch'io son capo-tipografo si vede; e di mia vita pubblica e privata i principali miei fan piena fede; onde non posso dir sul conto mio se non ho chi mi vanta, or mi vant'io. Se comodo e moral posso apparire, in salvo ancor mia nobiltà vo' mettere. Quel *cedant arma togae* (le armi si ritirino davanti alla toga - n.d.r.) che vuol dire? Che son nobili gli uomini di lettere: ed io sempre fra lettere mi veggio, e di più lingue lettere maneggio. È questo il gran mestier che dal naufragio d'eterno obbligo l'opere illustri scampa: l'arte è questa di cui parla l'adagio, la fe' natura, e poi ruppe la

La redazione

Palazzo Negri a Spiano*



Non si conosce l'epoca della costruzione. Nel 1741 Spiano assume il titolo di baronia autonoma con castello e armigeri propri alle dipendenze dei baroni Negri, originari di Montecorvino Rovella. Del castello è noto un restauro avvenuto tra gli anni Cinquanta-Sessanta del 1900. È in attesa di ulteriori restauri.

Caratteristici i merli quadrati e i beccatelli a corona dei prospetti principale e laterali. Un effetto decorativo è rivestito anche dalle finestre trifore che affacciano sul prospetto posteriore.

Il castello conserva l'originaria struttura. Benché provvisto dei simboli tipici di un'opera fortificata, all'interno prevale l'assetto residenziale. Tale assetto è più marcato nel versante posteriore del complesso. L'accesso è rappresentato da un'ampia scala scoperta che conduce ad un ingresso sormontato da uno stemma con le insegne della famiglia sostenuto da due leoni alati. Al piano terra, alcune volte a botte conducono ai locali di servizio, al piano superiore le finestre trifore risultano incassate in archi gotici. Ad esaltarne la posanza, il prospetto principale del castello affaccia su un ampio cortile. Da qui due ampi portali introducono al piano terreno formato da un cortile interno che introduce in alcuni locali aventi funzione di servizi (lavanderia, dispensa, deposito ecc.). Il piano superiore è diviso in numerosi ambienti. I vari locali sono illuminati al piano terra da piccole finestre quadrate poste, per motivi difensivi, quasi al limite del cordolo di divisione dei due piani, al piano superiore con balconi incassati in archi gotici e parapetto incorporato nell'arco. Sempre sul prospetto principale, un corpo avanzato è sormontato da un altro ambiente, probabilmente una torretta di guardia. Il palazzo sorge in posizione periferica, nella zona più alta della frazione. È probabile che all'origine fosse del tutto isolato dal contesto urbano.

* Tratto dal sito www.cittadimercatosanseverino, foto di Eugenio Mucio. Bibliografia: Rescigno G., *Chiese, Palazzi e Giardini. Itinerari ambientali e culturali a Mercato San Severino*, dicembre, 2004.

stampa. Anche i nostri garzon scalzi affamati son col don, e signore nominati. Io non bramo alla fine apparentare con duchi, cavalier, conti e milordi, ma con un parator che maneggiare suole chiodi, martelli, e drappi lordi; e sempre tra le funi e tra le scale è in periglio di far salto mortale. Come? io mi abbasso, e poi sentir mi tocca chi sei tu? chi son io? Ombre onorate di Didot (la famiglia Didot è una dinastia di stampatori, editori e tipografi francesi, la cui attività, iniziata al principio del XVIII secolo, si è tramandata fino al XXI secolo - n.d.r.), di Bodoni (Giambattista Bodoni Saluzzo, 26 febbraio 1740[1] - Parma, 30 novembre 1813[2] è stato un incisore, tipografo e stampatore italiano, noto per i caratteri tipografici da lui creati - n.d.r.), ah voi la bocca al futuro mio suocero turate! Egli tratta becchini, e sconsolati, ed io tratto signori, e letterati. E i politici, in fatti, i metafisici, gl'istorici, i poeti, i giornalisti, gl'impiegati, i studenti, i dottor fisici, gli antiquari, i forensi, e i cabalisti dal primo albore al declinar del giorno al vostro servitor ronzano intorno. Chi mi chiede d'un opera stampata, chi domanda un autor dove dimora; questi brama la striscia terminata; quegli il *concordat* non uscito ancora; l'uno la carta volta attento legge, l'altro in torchio le pagine corregge. Non avendo alla fin dove appoggiarsi il difensor del paratore, ha detto che i testimoni son da rigettarsi perché amici di me: ma dove ha letto che tal uffizio vietasi agli amici, e permesso è di farlo ai sol nemici? Son gli amici (lo scrisse Cicerone) pieni d'ogni virtù, senza malizia; e così son i miei, sagge persone; né de' ladri di Pisa han l'amicizia (la tradizione toscana vuole che i ladri di Pisa andassero a rubare insieme durante la notte e poi litigassero fra loro tutto il giorno per dividere il bottino - n.d.r.), che di notte soltanto si trattavano, e di giorno neppur si salutavano. Ma lasciamo, o ministri, e presidente, ogni quistione. È lecito e permesso il matrimonio a un misero e pezzente che pitocca con moglie e figli appresso, e per qual legge poi sarà vietato a un tipografo comodo e onorato? Solo un folle scrittore dell'Inghilterra dal matrimonio escludere vorrebbe quanti poveri mai vi sono in terra: ed il mondo in tal guisa finirebbe. Ma so bene che voi nulla curate tai massime ridicole, e dannate. Fingiamo ancor ch'io non possedga un grano; quando i sposi tra lor sono contenti, tace il Digesto, e il Codice Romano, e finiscono le liti, e gli argomenti. E chi di voi non sa l'aurea sentenza, Dove ci è gusto non ci è mai perdenza? Qui, secondo il filosofo di Scio (Aristone - n.d.r.), dovrei muover gli affetti a lor signori; ma se piangete voi, piango ancor io, e ridere faremmo gli uditori. Onde taccio, e restringo l'argomento: decretate ch'io sia sposo contento".

La Pagina dei Convegni

Impugnazione dei provvedimenti del Giudice di Pace nella giurisprudenza della Corte di Cassazione

di Anna Villani

Si è tenuto lo scorso 18 febbraio, presso l'Aula consiliare del Comune di Mercato San Severino, il primo di una serie di incontri di diritto processuale civile nell'ambito della formazione continua e permanente della classe forense, organizzati dall'A.G.A.S. (Associazione Giovane Avvocatura Salernitana) con la collaborazione dell'A.T.F. (Associazione Territoriale Forense) di Mercato San Severino e dell'A.D.G.I. (Associazione Donne Giuriste Italia) Sezione di Salerno, in sinergia con l'Ufficio del Giudice di Pace di Mercato San Severino. Il tema oggetto del convegno è stato il regime di impugnazione dei provvedimenti del giudice di pace nella giurisprudenza della Corte di Cassazione ed è stato moderato dalla dottoressa Valeria Maiorano, funzionario giudiziario dell'Ufficio del Giudice di Pace di Mercato San Severino. I lavori della tavola rotonda sono iniziati con i saluti istituzionali da parte dell'avvocato Luigi Lupone nella duplice veste di Consigliere comunale di Mercato San Severino e Segretario A.G.A.S., il quale ha messo in evidenza le difficoltà che affliggono oggi giorno la professione di avvocato e le iniziative portate avanti presso la sede comunale con l'aiuto delle associazioni di cui sopra (Sportello del consumatore, Sportello anticorruzione e da ultimo, Sportello a tutela delle donne, a cura dell'A.D.G.I. Salerno). Hanno poi preso la parola, per un breve saluto, il Presidente onorario A.T.F. di Mercato San Severino, avvocato Domenico Galiano, il neo eletto Presidente A.T.F. di Mercato San Severino, avvocato Antonio Cavaliere, il quale si è battuto in prima linea per la conservazione dell'Ufficio del Giudice di Pace di Mercato San Severino, il Giudice di Pace avvocato Enzo Scannapieco ed il Coordinatore dell'Ufficio del Giudice di Pace di Mercato San Severino, dottor Lombardi. È intervenuto poi il vicepresidente A.D.G.I. Salerno, avvocato Carmina Rescigno, la quale ha sottolineato l'importanza della formazione continua proprio in questo momento storico, caratterizzato da un legislatore sempre più dinamico, che plasma la figura dell'avvocato come quella di un tecnico specializzato che fornisce al proprio cliente una prestazione sempre più alta. Dopo i saluti istituzionali, la moderatrice ha pas-

sato la parola all'illustre relatore, dottor Franco De Stefano, Consigliere della Terza Sezione della Suprema Corte di Cassazione, il quale ha principiato il suo intervento mettendo in luce come dal 1991, quando nacque l'Ufficio del Giudice di Pace ad oggi, tale istituto ha risposto alle attese di "giustizia di prossimità", ponendosi come primo baluardo di giustizia sul territorio. Passando poi al vero tema dell'incontro, ossia l'impugnazione dei provvedimenti del giudice di pace, il consigliere ha sottolineato l'importanza di partire dalle impugnazioni per comprendere come funziona il sistema in generale e come reagire per difendersi correttamente. In particolare, occorre principiare dal tenore testuale delle norme e dalla premessa fondamentale che tutti i provvedimenti del giudice di pace sono appellabili dinanzi al tribunale, con o senza limiti. L'articolo 339, comma 1, c.p.c. afferma che le sentenze di primo grado possono essere considerate inappellabili per legge (come il caso dell'articolo 114 c.p.c. o le sentenze che decidono l'opposizione agli atti esecutivi ex articolo 618 c.p.c.) o per accordo delle parti (ad esempio, le sentenze del tribunale che le parti decidano di impugnare direttamente in Cassazione, cd. ricorso *per saltum*). Inoltre, sono inappellabili le sentenze che il giudice decide secondo equità ex articolo 114 c.p.c. (*id est* quando si ha a che fare con diritti disponibili e le parti ne fanno concorde richiesta), dovendo, in tal caso, il soggetto leso dalla pronuncia ricorrere direttamente in Cassazione, mentre le sentenze cd. "ad equità necessaria" di cui all'articolo 113 comma 2 c.p.c., ossia quelle che attengono a cause che non superano il valore di 1.100 euro a meno che non si tratti dei casi di cui all'articolo 1342 c.c., sono appellabili solo a motivi limitati, ovvero per violazione di norme sul procedimento, violazione di norme costituzionali o comunitarie o dei principi regolatori della materia (articolo 339, comma 3, c.p.c.). Per la determinazione del valore delle cause per le quali è prevista la sentenza secondo equità ex articolo 113 comma 2 c.p.c., si guarda alla domanda così come formulata nell'atto di citazione e non come limitata nell'udienza di precisazione delle conclusioni, al fine di evitare che l'attore possa eludere la norma, per ottenere l'appello a motivi limitati (cfr. Cass. Civ. 19 ottobre 2015 n. 21691). In tutti gli altri casi, le sentenze del giudice di pace sono appellabili senza limiti, a meno che le parti non decidano per il ricorso *per saltum* in Cassazione. I provvedimenti del giudice di pace, però, non possono essere contestati in Cassazione per motivi di giurisdizione, competenza o difetto di motivazione. La pronuncia di primo grado del giudice di pace che decide esclusivamente sulla competenza deve essere appellata



e non può proporsi, come generalmente avviene, regolamento necessario di competenza (articolo 46 c.p.c.). È, altresì, appellabile senza limiti la sentenza che decide sulle sanzioni amministrative (Cass. Civ. 13 settembre 2015 n. 10369) o la sentenza ex articolo 281 *sexies* c.p.c. (Cass. Civ. 3 dicembre 2015 n. 24679). Quali sono, dunque, ex articolo 113 c.p.c., le sentenze decise "secondo diritto", con appello senza limiti e quali quelle "secondo equità", con appello a motivi limitati? Innanzitutto occorre precisare che, in materia, vige il cd. principio dell'apparenza. Se il giudice qualifica espressamente la sua sentenza secondo diritto o secondo equità, la parte che intende impugnare la pronuncia deve uniformarsi alla qualificazione data dal giudice. Se anche il giudice di pace sbaglia nella qualificazione della sentenza secondo diritto o secondo equità, i mezzi di impugnazione ammessi avverso quella pronuncia sono comunque solo quelli derivanti dalla qualificazione che ne ha dato il giudice (Cass. 26 aprile 2010, n. 9923). È inammissibile il mezzo di impugnazione ritenuto corrispondente all'esatta qualificazione della domanda, se espressamente contraria a quella data dal giudice *a quo* (Cass. 21

gennaio 2009, n. 1548). Occorre sempre indicare nell'atto di appello, a pena di inammissibilità ex articolo 342 c.p.c., se l'appello è illimitato (articolo 339 comma 1 c.p.c.) o se la sentenza è "secondo equità" e quindi l'appello è limitato (articolo 339 comma 3 c.p.c.). Detto ciò, la sentenza che decide sulla competenza è sempre una sentenza secondo diritto, mai secondo equità, così come la sentenza che dispone la liquidazione equitativa (Cass. 16 settembre 2013, n. 21103). Sempre secondo diritto è la sentenza che decide su cause connesse, una da decidere secondo diritto, una secondo equità (va deciso tutto secondo diritto cfr. Cass. 10 dicembre 2013, n. 27543) o se viene declinata la competenza su due cause connesse (riconvenzionale e principale), una da decidere secondo equità e l'altra secondo diritto (Cass. 8 maggio 2015, n. 9292). Sempre decisi secondo diritto e quindi liberamente appellabili, come accennato sopra, sono i contratti ex articolo 1342 c.c.: attivazione di servizi telefonici, premi di lotteria, acquisto on line di biglietto aereo, danno esistenziale da contratto di massa (caso del pendolare che chiede il danno per i ritardi dei treni), acquisto del biglietto aereo presso l'agenzia di viaggi. Per quanto

riguarda l'opposizione a decreto ingiuntivo, vi è una competenza funzionale del giudice che ha emanato il decreto ingiuntivo. In caso di opposizione a decreto ingiuntivo e riconvenzionale eccedente, il giudice di pace può rimettere solo la seconda (Cass., ord. 12 gennaio 2015, n. 272; Cass., ord. 10 luglio 2014, n. 15791). Nel caso di cause connesse riguardanti opposizione a cartella esattoriale, il giudice di pace trasmette tutto al tribunale, a meno che non abbia una competenza per materia ex articolo 615 c.p.c. In ogni caso, il giudice di pace non è mai competente sull'opposizione agli atti esecutivi ex articolo 617 c.p.c. Illustrato l'oggetto dell'appello al giudice di pace, il consigliere De Stefano ha proseguito descrivendo la modalità di redazione dell'atto di appello, partendo dall'esame dell'articolo 342 c.p.c., affermando che la norma *de qua* impone la specificità dei motivi di appello, a pena di inammissibilità. I motivi di appello sono essenzialmente tre (articolo 339 comma 3 c.p.c.): 1) violazione di norme sul procedimento; 2) violazione di norme costituzionali o comunitarie; 3) violazione dei principi regolatori della materia. Per quanto riguarda la violazione di norme sul procedimento, si afferma che non può farsi valere ogni violazione procedimentale, ma solo quella violazione procedimentale che ha portato una lesione sostanziale del proprio diritto di difesa, lesione che deve essere allegata e provata, in quanto non vi è interesse ad impugnare in assenza di danno. La violazione di norme comunitarie, oggi "eurounitarie", concerne le norme direttamente applicabili (regolamenti e direttive *self executing*). Il problema principale si pone per l'individuazione dei principi regolatori della materia, un tempo chiamati principi "informativi" della materia. La giurisprudenza asserisce, al riguardo, che non sono principi regolatori della materia il disposto dell'articolo 2697 c.c. in tema di onere della prova (Cass. ord. 3 aprile 2012, n. 5287), il principio di rivalsa dell'assicuratore R.C.A. verso l'assicurato (Cass. 22 novembre 2012, n. 20587), il fatto che non sono ammesse prove ulteriori, perché sono già sufficienti gli elementi acquisiti (Cass. 19 agosto 2011, n. 17437). Al contrario, sono principi regolatori della materia e quindi possibile motivo di appello, la violazione della disciplina processuale della contumacia e la ritrazione di elementi di prova da essa (Cass. 2 febbraio 2016, n. 1994), motivi di giurisdizione, competenza e difetto di motivazione, perché compresi nella violazione di norme sul procedimento, con conseguente costituzionalità dell'articolo 339 comma 3 c.p.c. (Cass. 29 gennaio 2016, n. 1777), il fatto che le spese condominiali non siano ripartite in base alla quota di proprietà, il diritto alla indennità in materia di espropria-

zione fondiaria, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (Cass. 17 gennaio 2012, n. 552), la presunzione di pari responsabilità ex articolo 2054 c.c., il fatto di non ammettere mezzi di prova rilevanti (Cass. 19 agosto 2011, n. 17437), l'applicazione dell'articolo 1337 c.c. al gestore di energia elettrica per mancata informazione di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto (Cass. 5 maggio 2011, n. 9916), l'affermazione del danno ingiusto in *re ipsa* in base alla semplice illegittimità dell'atto amministrativo (Cass. 28 ottobre 2011, n. 22508). Dopo la sentenza di secondo grado, ovviamente il soggetto leso dalla decisione resa in appello può proporre ricorso in Cassazione. Nel ricorso in Cassazione, si devono riproporre le doglianze dell'atto di appello, nonché l'eccezione di inammissibilità dell'appello e il documento dove si è fatta valere. È necessaria la deduzione e specifica indicazione in ricorso, in ossequio al principio di autosufficienza, della inosservanza delle norme sul procedimento, o delle norme costituzionali o comunitarie, o dei principi regolatori della materia, pena la sua ulteriore inammissibilità ex articoli 339, comma 3, e 360, comma 1, n. 3, c.p.c. (Cass. 24 febbraio 2015, n. 3715; Cass. 2 febbraio 2016, n. 1994). Anche per la violazione dei limiti di appellabilità ex 339 comma 3 c.p.c., è comunque necessaria la deduzione dei parametri violati in ricorso. La valutazione della Suprema Corte di Cassazione, però, è limitata, in quanto in Cassazione non ci si può dolere di questioni di fatto o chiedere una rivalutazione del merito della vicenda. Espletato il rimedio del ricorso in Cassazione, rimane lo strumento della revocazione, proposta allo stesso giudice di pace. Il relatore ha ricordato, in conclusione, che non si applica alle impugnazioni la cd. *translatio iudicii* e il gravame proposto a giudice incompetente è inammissibile (Cass. 7 dicembre 2011, n. 26375). Se il giudice di pace sospende, con ordinanza, il processo, si ammette il regolamento di competenza contro la decisione di sospensione, in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 46 c.p.c., la cui limitazione per le decisioni del giudice di pace riguarda solo le questioni di competenza (Cass., ord. 23 luglio 2014, n. 16700). Se, però, il giudice di pace nega la sospensione del processo, non si può andare direttamente in Cassazione, ma occorre proporre appello a motivi limitati, per violazione delle norme sul procedimento. I lavori sono terminati con i saluti finali della moderatrice, dottoressa Valeria Maiorano, la quale ha ringraziato tutti gli intervenuti, dando appuntamento al prossimo incontro presso il Comune di Mercato San Severino.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Quote di iscrizione Albi e Registro anno 2016

Si comunica che anche quest'anno la riscossione delle quote di iscrizione avverrà a mezzo AVVISI BONARI (RAV emessi da Equitalia spa). Il pagamento potrà essere effettuato presso: istituti di credito, uffici postali, tabaccai abilitati, sportelli dell'agente della riscossione (per i dettagli del servizio è possibile consultare il sito).

Gli avvisi bonari saranno spediti a mezzo pec o, in mancanza, a mezzo posta ordinaria. La scadenza del pagamento è fissata al 31 marzo 2016.

Nel caso in cui l'iscritto non dovesse ricevere l'avviso bonario, potrà, accedendo al seguente link www.ordineavvocatinocerainferiore/quote, ottenere l'invio sulla propria mail ordinaria.

In caso di eventuali incongruenze in detti avvisi bonari o impossibilità a reperirli ci si potrà rivolgere direttamente al responsabile della segreteria dell'Ordine, dottor Massimo De Martino Adinolfi

Importi quote anno 2016

Cassazionisti, euro 230,00

Avvocati, euro 180,00

Praticanti, euro 100,00

Cassa Forense informa

Scadenza pagamenti contributi obbligatori anno 2016

Si rammenta che il pagamento dei contributi minimi obbligatori soggettivo e integrativo (ad eccezione del contributo di maternità) deve avvenire alle prescritte scadenze fermo restando la possibilità di pagare l'intero importo alla prima scadenza utile ovvero il 29 febbraio 2016 (lunedì). 29 febbraio 2016 (lunedì): termine per il pagamento dei contributi minimi obbligatori soggettivo e integrativo, o in alternativa della 1ª rata, dovuti per l'anno 2016.

30 aprile 2016 sabato (2 maggio 2016 lunedì): termine per il pagamento della 2ª rata dei contributi minimi obbligatori soggettivo e integrativo dovuti per l'anno 2016.

30 giugno 2016 (giovedì): termine per il pagamento della 3ª rata dei contributi minimi obbligatori soggettivo e integrativo dovuti per l'anno 2016.

31 luglio 2016 domenica (1 agosto 2016 lunedì): termine per il pagamento della 1ª rata dei contributi obbligatori soggettivo e integrativo dovuti in autoliquidazione per l'anno 2015 - mod. 5/2016;

eventuali omissioni o ritardi saranno sanzionati. 30 settembre 2016 (venerdì): termine per l'invio telematico del mod. 5/2016; eventuali omissioni o ritardi saranno sanzionati.

30 settembre 2016 (venerdì): termine per il pagamento della 4ª rata dei contributi minimi obbligatori soggettivo e integrativo dovuti per l'anno 2016 e dell'intero contributo di maternità dell'anno 2016. Il 30 settembre 2016, coincidente con il pagamento della quarta ed ultima rata dei contributi minimi obbligatori soggettivo e integrativo e dell'intero importo del contributo di maternità, è il termine ultimo oltre il quale eventuali omissioni o ritardi nei versamenti saranno sanzionati.

31 dicembre 2016 sabato (2 gennaio 2017 lunedì): termine per il pagamento della 2ª rata a saldo dei contributi obbligatori soggettivo e integrativo dovuti in autoliquidazione per l'anno 2015 - mod. 5/2016; eventuali omissioni o ritardi saranno sanzionati.

Calcoliamo il nostro futuro

A partire da martedì 12 gennaio 2016 è disponibile sul sito di Cassa Forense, all'interno della sezione "Accesso riservato", il nuovo "simulatore della pensione" realizzato dalla Cassa per consentire a tutti gli iscritti di verificare la decorrenza e l'importo della futura pensione, calcolata sulla base della normativa vigente e di diverse ipotesi reddituali. Il nuovo applicativo, utilizzabile da tutti gli avvocati a partire dal 35° anno di età e con almeno due anni di iscrizione alla Cassa, consente anche di calcolare l'incidenza, sulla futura pensione, della cd. quota "modulare", alimentata dalla contribuzione volontaria versata dall'iscritto. Con il nuovo "simulatore della pensione" Cassa Forense mette a disposizione degli iscritti uno strumento evoluto che consente di effettuare una simulazione di calcolo della pensione di vecchiaia retribuitiva, considerata sia l'anzianità contributiva maturata al momento del pensionamento sia i redditi presunti da utilizzare per il calcolo. Ciò, al fine di conoscere con ragionevole certezza le proprie prospettive pensionistiche nei diversi scenari reddituali, valutando anche i possibili benefici derivanti da versamenti volontari (quota modulare di pensione) e/o da riscatti (per anni di laurea, servizio militare o praticantato).

L'applicativo consente l'utilizzo di quattro diverse modalità di simulazione:

- Opzione semplificata: richiede l'inserimento di due sole variabili (tasso di crescita dell'ultimo reddito dichiarato e aliquota di contribuzione modulare volontaria da versare) ed è più adatta a chi si trovi in una situazione stabile di carriera e sia più prossimo alla maturazione dell'età pensionabile.



- Opzione modifica decorrenza: utile a chi voglia ipotizzare, anche mediante l'aggiunta di anni di riscatto, la possibile decorrenza e le eventuali decurtazioni sull'importo di un pensionamento anticipato. In questa modalità di simulazione, oltre alle variabili di cui all'opzione semplificata, deve essere indicata anche la decorrenza anticipata della pensione, scegliendo tra le ipotesi consentite nell'apposito menu a tendina, sulla base dell'anzianità contributiva maturata.

- Opzione modifica reddito: particolarmente adatta ad una utenza più giovane che si trovi nella fase di avvio della carriera tale da non consentire ancora la produzione di redditi adeguati. Con questa modalità l'iscritto, oltre alle due variabili previste per l'ipotesi semplificata, deve inserire anche, a sua discrezione, un reddito iniziale di riferimento su cui effettuare la simulazione.

- Opzione modifica reddito e decorrenza: questa è la versione più evoluta del simulatore di pensione e, senz'altro, quella più flessibile e adatta alle esigenze di tutti. Essa consente sia le opzioni base, con l'indicazione del tasso di crescita del reddito e dell'aliquota per il versamento della contribuzione modulare volontaria, sia la modifica del reddito di riferimento e la opzione per una decorrenza anticipata della pensione, se consentita sulla base dell'anzianità contributiva maturata. Naturalmente, tutte le simulazioni effettuate con questo strumento presuppongono la presenza della "regolarità contributiva", requisito imprescindibile per l'ammissione a qualsiasi tipologia

di trattamento previdenziale. Siamo certi che il nuovo strumento sarà particolarmente apprezzato dagli iscritti e costituisca un importante servizio, messo a disposizione soprattutto dei più giovani, per programmare correttamente il proprio futuro previdenziale. Simulare la propria pensione consente di meglio programmare il proprio futuro.

Avv. Nunzio Luciano
Presidente di Cassa Forense

Comunicato borse di studio

Il Consiglio di Amministrazione, nella riunione del 29 gennaio 2016, ha approvato i bandi per il riconoscimento delle borse di studio in favore degli orfani degli iscritti e dei figli degli iscritti, così come previsto all'articolo 6 lettera c) e d) del Nuovo Regolamento per l'Erogazione dell'Assistenza, in vigore dal 1° gennaio 2016. Le provvidenze sono state ambedue intitolate alla memoria dell'avvocato Lorenzo Alberto Claris Appiani, il giovane collega vittima dell'agguato avvenuto il 9 aprile 2015 presso il Tribunale di Milano. Nello specifico sono state previste n. 100 borse di studio per gli orfani, titolari di pensione di reversibilità o indiretta erogata dalla Cassa in regola con il corso di studi (si considerano in regola coloro che frequentano la scuola dell'obbligo, frequentano la scuola secondaria di secondo grado e siano stati respinti per non più di un anno, frequentano l'università o istituti ad essa



equiparati ed abbiano superato almeno i 4/5 degli esami previsti per ciascun anno accademico e, comunque, non siano oltre il primo anno fuori corso), con ISEE per l'anno 2015 non superiore a 30.000,00 euro. L'importo delle borse di studio sarà pari a 500,00 euro per la scuola primaria, a 1.000,00 euro per la scuola secondaria di primo e secondo grado e a 2.000,00 euro per l'università o istituti ad essa equiparati. Sono state, inoltre, previste n. 250 borse di studio per i figli degli iscritti che frequentino l'università, non abbiano superato i 26 anni di età alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda e abbiano superato i 4/5 degli esami previsti per ciascun anno accademico, con una media di votazione non inferiore a 27/30 e che comunque non siano oltre il primo anno fuori corso, con certificazione ISEE per l'anno 2015 non superiore a 30.000,00 euro. L'importo delle borse di studio sarà pari, in questo caso, a 2.000,00 euro.

Il termine di presentazione delle domande è fissato, per l'anno scolastico/accademico 2015/2016, al 30 novembre 2016. Le borse di studio saranno erogate, in ordine di graduatoria, secondo quanto previsto nei rispettivi bandi, fino ad esaurimento del numero stabilito.

Di seguito i Bandi approvati

Bando in memoria dell'avvocato Lorenzo Alberto Claris Appiani per n. 250 borse di studio per i figli di iscritti alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense (articolo 6 lettera d) del regolamento per l'erogazione dell'assistenza)

Premessa

Nell'ambito delle prestazioni assistenziali previste nel Regolamento per l'erogazione dell'assistenza, in vigore dal 1 gennaio 2016, ai sensi dell'articolo 6 lettera d), la Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, mediante il presente bando, mette a disposizione n. 250 borse di studio in favore dei figli degli iscritti, che siano studenti universitari e che non abbiano superato i 26 anni di età.

Articolo 1 - Soggetti

Richiedente o Beneficiario: per soggetto Richiedente/Beneficiario si intende lo studente, figlio di iscritto alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, in regola con le prescritte comunicazioni reddituali, che sia in

possesso dei requisiti di cui al successivo articolo 3 e che presenti, entro il termine stabilito nel presente bando, la domanda di erogazione della borsa di studio.

Articolo 2 - Oggetto del bando

1. La Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense indice, per l'anno accademico 2015-2016, come da delibera del Consiglio di Amministrazione del 29 gennaio 2016, un bando per l'erogazione di n. 250 borse di studio per i figli degli iscritti, che frequentino corsi universitari.

2. La borsa di studio riconosciuta dall'Ente consiste nell'erogazione di un importo, in unica soluzione, pari a 2.000,00 euro.

Articolo 3 - Requisiti di ammissione

1. Per poter ottenere l'erogazione della borsa di studio, il richiedente deve essere in possesso dei seguenti requisiti:

- essere figlio di iscritto alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, in regola con le prescritte comunicazioni reddituali (mod. 5 annuali);
- essere studente universitario e non aver superato i 26 anni di età alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda;
- aver superato i 4/5 degli esami previsti per ciascun anno accademico con una media di votazione non inferiore a 27/30 e che comunque non siano oltre il primo anno fuori corso;
- essere in possesso di una certificazione ISEE per l'anno 2015 non superiore a 30.000,00 euro.

Articolo 4 - Domanda di borsa di studio, termini e modalità di invio

La domanda di erogazione della borsa di studio deve essere inviata alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, Servizio Assistenza e Servizi Avvocatura, Via G. G. Belli n. 5, 00193 Roma, a mezzo PEC (istituzionale@cert.cassaforense.it) o raccomandata A/R, entro e non oltre il termine perentorio del 30 novembre 2016, a pena di inammissibilità. Le istanze inviate oltre il predetto termine del 30 novembre 2016 non saranno prese in considerazione. La domanda deve essere sottoscritta dal richiedente, descritto all'articolo 1. Per la presentazione della domanda deve essere utilizzato l'apposito modulo reperibile sul sito internet della Cassa (www.cassaforense.it), nell'area modulistica - prestazioni assistenziali.

Al modulo, debitamente compilato, dovrà essere allegata la seguente documentazione:

- certificato di filiazione ovvero autocertificazione ai sensi degli articoli 75 e 76 del d.p.r. n.

445/2000;

- certificato rilasciato dall'università attestante la data di immatricolazione, l'anno di corso, gli esami previsti dal piano di studi per l'anno accademico 2015/2016, le votazioni conseguite e la data in cui sono stati sostenuti i detti esami;
- certificazione ISEE relativa all'anno 2015 dell'intero nucleo familiare;
- fotocopia del documento di identità del richiedente.

Articolo 5 - Graduatoria

Per l'anno accademico 2015/2016 verrà predisposta, per le domande inviate entro il termine indicato, una graduatoria redatta in ordine crescente a partire dal reddito più basso, sulla base della certificazione ISEE per l'anno 2015. Le borse di studio saranno erogate, in ordine di graduatoria, fino ad esaurimento delle n. 250 oggetto del presente bando.

Bando in memoria dell'avvocato Lorenzo Alberto Claris Appiani per n. 100 borse di studio per orfani, titolari di pensione di reversibilità o indiretta erogata dalla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense (articolo 6 lettera c) del regolamento per l'erogazione dell'assistenza)

Premessa

Nell'ambito delle prestazioni assistenziali previste nel regolamento per l'erogazione dell'assistenza, in vigore dal 1 gennaio 2016, ai sensi dell'articolo 6 lettera c), la Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, mediante il presente bando, mette a disposizione n. 100 borse di studio in favore degli orfani titolari di pensione di reversibilità o indiretta erogata dalla Cassa.

Articolo 1 - Soggetti

Richiedente o Beneficiario: per soggetto Richiedente/Beneficiario si intende lo studente, orfano, titolare di pensione di reversibilità o indiretta erogata dalla Cassa, che sia in possesso dei requisiti di cui al successivo articolo 3 e che presenti, entro il termine stabilito nel presente bando, la domanda di erogazione della borsa di studio. Qualora l'avente diritto non abbia compiuto la maggiore età la domanda dovrà essere presentata dal genitore o tutore.

Articolo 2 - Oggetto del bando

1. La Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense indice, per l'anno scolastico/accademico 2015-2016, come da delibera del Consiglio di



Amministrazione del 29 gennaio 2016, in favore dei soggetti di cui all'articolo 1, un bando per l'erogazione di n. 100 borse di studio per gli orfani titolari di pensione di reversibilità o indiretta erogata dalla Cassa.

2. La borsa di studio riconosciuta dall'Ente consiste nell'erogazione, in unica soluzione, di un importo pari a:

- 500,00 euro nel caso venga frequentata la scuola primaria;
- 1.000,00 euro nel caso venga frequentata la scuola secondaria di primo e secondo grado;
- 2.000,00 euro nel caso venga frequentata l'università e istituti ad essa equiparati.

Articolo 3 - Requisiti di ammissione

1. Per poter ottenere l'erogazione della borsa di studio, il richiedente deve essere in possesso dei seguenti requisiti:

- essere orfano, titolare di pensione di reversibilità o indiretta erogata dalla Cassa;
- frequentare la scuola primaria, secondaria di primo e secondo grado o l'università e istituti ad essa equiparati;
- avere un'età inferiore ai 26 anni alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda;
- essere in regola con il corso di studi frequenta-

to; sono considerati in regola coloro che:

- frequentano la scuola dell'obbligo;
- frequentano la scuola secondaria di secondo grado e siano stati respinti per non più di un anno;
- frequentano l'università o istituti ad essa equiparati ed abbiano superato almeno i 4/5 degli esami previsti per ciascun anno accademico e, comunque, non siano oltre il primo anno fuori corso;
- essere in possesso di una certificazione ISEE per l'anno 2015 non superiore a 30.000,00 euro.

Articolo 4 - Domanda di borsa di studio, termini e modalità di invio

La domanda di erogazione della borsa di studio deve essere inviata alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense, Servizio Assistenza e Servizi Avvocatura, Via G. G. Belli n. 5, 00193 Roma, a mezzo PEC (istituzionale@cert.cassaforense.it) o raccomandata A/R, entro e non oltre il termine perentorio del 30 novembre 2016, a pena di inammissibilità. Le istanze inviate oltre il predetto termine del 30 novembre 2016 non saranno prese in considerazione. La domanda deve essere sottoscritta dal richiedente, descritto all'articolo 1. Per la presentazione della domanda deve essere utilizzato l'ap-

posito modulo reperibile sul sito internet della Cassa (www.cassaforense.it), nell'area modulistica - prestazioni assistenziali.

Al modulo, debitamente compilato, dovrà essere allegata la seguente documentazione:

a) certificato di frequenza rilasciato dalla scuola nel caso in cui si frequenti la scuola primaria o secondaria di primo e secondo grado o certificato dell'Università o istituti equiparati attestante la data di immatricolazione, l'anno di corso, gli esami previsti dal piano di studi per l'anno accademico 2015/2016 e la data in cui sono stati sostenuti i detti esami;

b) certificazione ISEE relativa all'anno 2015 dell'intero nucleo familiare;

c) fotocopia del documento di identità del richiedente.

Articolo 5 - Graduatoria

Per l'anno scolastico/accademico 2015/2016 verrà predisposta, per le domande inviate entro il termine indicato, una graduatoria redatta, in ordine crescente a partire dal reddito più basso, sulla base della certificazione ISEE per l'anno 2015. Le borse di studio saranno erogate, in ordine di graduatoria, fino ad esaurimento delle n. 100 oggetto del presente bando.



STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	292	6	1	0	299
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	1563	18	3	15	1599
TOTALE	1855	24	4	15	1898

Donne

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	67	1	0	0	68
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	816	12	1	5	834
TOTALE	883	13	1	5	902

Uomini

	Ordinari	Speciali	Professori	Stabiliti	Totale
CASSAZIONISTI	225	5	1	0	231
AVVOCATI NON CASSAZIONISTI	747	6	2	10	765
TOTALE	972	11	3	10	996

	Uomini	Donne	Totale
PRATICANTI SEMPLICI	117	167	284
PRATICANTI ABILITATI	129	225	354
TOTALE	246	392	638

	Uomini	Donne	Totale
ISCRITTI	1242	1294	2536
Studi Associati	33		
Società tra Professionisti		1	